



Würzburger Vorträge  
zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie  
und Rechtssoziologie

47

Rolf Gröschner

**Subsumtion –  
Technik oder Theorie?**



Nomos Verlag



Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier  
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber  
und Edgar Michael Wenz <sup>†</sup>

Heft 47

Rolf Gröschner

## Subsumtion – Technik oder Theorie?



**Nomos**

Vortrag gehalten am 20. Juni 2013

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-1260-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-5333-6 (ePDF)

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Inhaltsübersicht

I. Zwei Fragen zur Einführung	7
1. Was heißt »Technik« und was sollten Subsumtionstechniker können?	7
2. Was heißt »Theorie« und was sollten Subsumtionstheoretiker wissen?	9
II. Erste Antworten aus der Methodengeschichte	13
1. »Techne« der hippokratischen Medizin: Kunst der Diagnose	13
2. »Techne« der sokratischen Philosophie: Kunst des Dialogs	18
3. »Ars« der römischen Jurisprudenz: Kunst der Urteilsbildung	24
III. Basisbegriffe einer rechtsphilosophischen Theorie der Subsumtion	31
1. Syllogismus und Enthymem	31
a) Wahrheitserhaltendes Schließen im »modus barbara«	31
b) Plausibles Argumentieren mit »endoxa«	38
2. Verstand und Vernunft	43
a) Vermittlung zwischen bestimmender und reflektierender Urteilkraft	43
b) Dialektik von Einzelem, Besonderem und Allgemeinem	51
3. Logik und Dialogik der Subsumtion	59
a) Monologische Schlüsse und dialogische Urteile	59
b) Subsumtion durch Subordination	68



## I. Zwei Fragen zur Einführung

### 1. Was heißt »Technik« und was sollten Subsumtionstechniker können?

In Verbindung mit »Subsumtion« als Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre kann »Technik« nicht im Sinne der Ingenieurwissenschaften verstanden werden. Deren Begriffsverständnis wird bestimmt durch die Anwendung experimentell ermittelter Gesetze mit exakt errechneten Größen zur industriellen Nutzung technischer Standards wie einst exemplarisch bei der Dampfmaschine und heute etwa im Maschinenbau, in der Elektro- und Computertechnik oder in der Luftfahrtindustrie. Als Beispiel aus letzterer mag die Konstruktion von Tragflächen dienen, die ein Flugzeug in der Luft halten, weil der durch den Bernoulli-Effekt entstehende Unterdruck auf der Oberseite der Tragflächen geschwindigkeitsabhängige Auftriebskräfte erzeugt, die den Absturz jenseits einer genau anzugebenden Mindestgeschwindigkeit (von anderen Flugbedingungen abgesehen) physikalisch ausschließen.<sup>1</sup>

Juristische Bedeutung gewinnt das aus dem Altgriechischen stammende Lehnwort Technik durch ein vertieftes Verständnis jener Kunst, die bei den alten Griechen *technē* hieß: eines nicht an den »schönen« Künsten, sondern am (Kunst-)Handwerk orientierten, in der Praxis zu erlernenden, durch Erfahrung zu verfeinernden und mit klugem Einsatz zu kultivierenden Könnens. Ein derartiges Können hat mit der Anwendung naturwissenschaftlich-mathematischer Vorgaben, die das »technische Zeitalter« als solches charakterisieren und mit dem entsprechenden Deduktivismus ingenieurwissenschaftlicher Technik nichts gemein. Gleichwohl bildet ein deduktives Verständnis juristischer Begründungen das Zentrum syllogistisch rekonstruierter Subsumtionen.<sup>2</sup> Vertreter eines solchen Subsumtionsverständnisses stellen juristische Einzelfallentscheidungen in logischer Rekonstruktion so dar, als könnten sie *more*

1 Bernoulli-Effekt (benannt nach Daniel Bernoulli, 1700 – 1782): Verringerung des Druckes bei Erhöhung der Strömungsgeschwindigkeit in Flüssigkeiten und Gasen.

2 Prominent vertreten in der Juristischen Begründungslehre von *Hans-Joachim Koch* und *Helmut Rießmann*, 1982.



*mathematico* aus Allgemeinbegriffen hergeleitet werden<sup>3</sup> – etwa aus der Menschenwürde das Verbot, ein von Terroristen entführtes Passagierflugzeug abzuschießen.<sup>4</sup> Die hier vertretene Gegenposition lautet: Ursachen eines Flugzeugabsturzes lassen sich mit mathematischer Exaktheit begründen, Argumente für einen Flugzeugabschuß nicht.

Wenn Subsumieren etwas mit Argumentieren zu tun hat, haben Subsumtionstechniker ihre Argumente nicht zu zählen, sondern zu wägen: »Argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda« lautete das betreffende Grundprinzip der klassischen römischen Jurisprudenz.<sup>5</sup> Das Gerundivum – die Argumente sind »zu wägende« – wirkt dabei wie ein elegant formulierter methodologischer Imperativ. Während das »Wägen« im Gegenwartsdeutsch durch das »Wiegen« verdrängt zu werden droht, kennt die deutsche Rechtssprache bisher und hoffentlich auch in Zukunft nur das »Abwägen«, nicht aber das »Abwiegen«. Kaufmanns- oder Haushaltswagen, die das Gewicht eines Lebensmittels nach seiner Masse bestimmen, sind technische Hilfsmittel beim Vorgang des Abwiegens, wären aber für einen bildlichen Vergleich mit dem Verfahren juristischen Abwägens völlig ungeeignet. Die Allegorie der Justitia führt deshalb seit der Rezeption des Römischen Rechts in Europa das treffende Bild einer Waage mit zwei Waagschalen vor Augen.<sup>6</sup>

Treffend ist das Bild auch im Rahmen des hier vorgenommenen Vergleichs: Die Technik der Federwaage, die bei den beispielhaft genannten Waagen zum Einsatz kommt, erlaubt nur die Gewichtsbestimmung des gerade auf der Waage liegenden »Gegenstands« in der alltagssprachlichen Bedeutung des Begriffs. Die beiden Waagschalen der Justitia sym-

3 »More mathematico« oder nach mathematischer Methode werden beispielsweise die drei 60-Grad-Winkel eines gleichseitigen Dreiecks begründet, und zwar deduktiv aus dem Axiom einer Winkelsumme von 180 Grad: *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, übersetzt und kommentiert von *Franz Dirlmeier*, 1979, VI 5, S. 127: »Winkelsumme [...], die zwei rechten Winkeln gleich ist«.

4 BVerfGE 115, 118 (Ls. 3). Diskussion im Sammelband: *Das Dogma der Unantastbarkeit*, hrsg. v. *Rolf Gröschner* und *Oliver W. Lembcke*, 2009. Zur kritischen Position der Herausgeber gegenüber der »Dignitas absoluta« des Gerichts S. 1 ff.

5 *Detlef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 6. Aufl. 1997, S. 36.

6 *Otto Rudolf Kissel*, Die Justitia: Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst, 2. Aufl. 1997; zur Waage und ihrer plastischen Wirkung als Balkenwaage mit gleichtarmigen Balken S. 92 ff.

bolisieren dagegen einen kategorial anderen Gegenstandsbegriff, nämlich den juristischen Begriff des Streitgegenstands. Vorbehaltlich philosophischer Präzisierung am Ende des Beitrags ist »Streitgegenstand« ein Begriff, der einen Antragsgegner im Rechtsstreit voraussetzt und ihm neben dem Antragsteller eine eigene Waagschale zugesteht. Prägnant wird das Bild der zweischaligen Waage aber erst, wenn man die Pendelbewegung richtig deutet, die durch ein Argument in der gegnerischen Waagschale ausgelöst wird.<sup>7</sup> Denn juristisch wird dabei nicht das Eigengewicht des Arguments gemessen, sondern seine Wichtigkeit in der streitgegenständlichen Auseinandersetzung.<sup>8</sup> Diese Technik der Abwägung mit der Wiegetechnik einer einschaligen Federwaage zu verwechseln, wäre ein technizistischer Kategorienfehler.

## 2. Was heißt »Theorie« und was sollten Subsumtionstheoretiker wissen?

»Theorie« ist im methodologischen Rahmen des Themas Subsumtion nicht nach dem Muster des Induktivismus zu erfassen wie es schulbildend und epochemachend in Poppers »Logik der Forschung« dargestellt wurde.<sup>9</sup> Bei juristischen Entscheidungen geht es nicht um die Falsifikation von Hypothesen, die aufgrund empirischer Forschung in dann so benannten Theorien formuliert werden – beispielsweise in einer Strö-

7 Kissel, *Justitia* (Fn. 6), S. 100: »Symbol des Abwägens aller Umstände anhand des vorgegebenen Rechts und seiner Prinzipien unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles«.

8 Ulfried Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfried Neumann (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl. 2011, S. 333 ff., betont mit besten Gründen, die Darstellung der Subsumtion »in Form eines logischen Schlusses« werde »der Komplexität der juristischen Argumentation nicht annähernd gerecht«; es handle sich um »ein von heterogenen Argumenten und Gegenargumenten durchwirktes Argumentationsgefüge, in dem Abwägungen eine erhebliche und logischen Deduktionen eine marginale Rolle zukommt« (S. 344).

9 Karl R. Popper, *Logik der Forschung*, 1935, zahlreiche Auflagen seit den 1960er Jahren, zuletzt in den *Gesammelten Werken*, Bd. 3, 11. Aufl. 2005. Zur Logik der Erkenntnis als »Theorie der Theorien« das III. Kapitel.

mungstheorie der Aerodynamik. In der Terminologie des amerikanischen Pragmatisten Charles Sanders Peirce hat die Jurisprudenz weder rein deduktiven noch rein induktiven Charakter; vielmehr verfährt sie stets abduktiv.<sup>10</sup> Die Logik hypothetischer Schlüsse der Abduktion wird noch näher zu erläutern und mit hermeneutischen und anderen Verfahren zu vergleichen sein, die weder linear deduktiv noch linear induktiv rekonstruierbar sind.

Im juristischen Sprachgebrauch ist von »Theorien« auch dann die Rede, wenn es um dogmatische Begriffs- und Systembildung geht, beispielsweise bei der Unterscheidung der Zwecke des Strafrechts nach absoluten oder relativen »Straftheorien«. Hier wie bei noch weniger spezifischen Differenzierungen in »subjektive, objektive und vermittelnde Theorien« ginge nichts verloren, wenn der anspruchsvolle Terminus Theorie durch das schlichte Wort Lehre ersetzt würde. Von »Strafzwecklehren« zu sprechen, wäre etymologisch sogar ein Gewinn, weil »Lehre« ein passendes deutsches Wort für »dogma« ist. Dessen wortgeschichtliche Herkunft aus der Medizin – und nicht etwa aus der Theologie – wird bei der Behandlung der *technē* des Hippokrates gewürdigt und für einen Methodenvergleich zwischen »Diagnose« und »Subsumtion« genutzt.

So verbreitet die dualistische Entgegensetzung von »Theorie« und »Praxis« und die entsprechende Zweiteilung der Wissenschaftswelt ist<sup>11</sup>, verlangt die vorliegende Fragestellung einen Rückgriff auf die aristotelische Dreiteilung in praktische, poetische und theoretische Wissensformen.<sup>12</sup> Denn die Frage nach der »Technik« des Subsumierens kann nur mit der Bedeutung der *technē* für das werkschaffende Wissen der *poiesis* und mit dessen Fundierung in den gelingenden Handlungszusammenhängen der *praxis* erklärt werden, während das epistemische Wissen der *theoria* für eine solche Fundierungsleistung

10 Eingehende Würdigung bei *Joachim Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999.

11 Zur Herkunft aus dem platonischen Dualismus einer Welt der Ideen und der Erscheinungen das Stichwort »Zweiweltentheorie« in der Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, hrsg. von *Jürgen Mittelstraß*, 2004, S. 870.

12 Übersicht bei *Mittelstraß*, Enzyklopädie (Fn. 11) sub verbo »Theorie«, S. 260 f.

ungeeignet ist.<sup>13</sup> In einem ersten Schritt sollte es genügen, dafür an die griechischen Bedeutungen der drei zugrundeliegenden Verben theorein (betrachten), poiein (herstellen) und prattein (handeln) zu erinnern: Das Betrachten setzt Distanz zum betrachteten Gegenstand voraus, Herstellen und Handeln können dagegen nicht aus der Beobachterperspektive erfolgen, sondern nur aus der Teilnehmerperspektive.

Die Tätigkeit des »poietischen« (nicht nur »poetischen«) Herstellens ist seit Aristoteles auf ein kunstgerecht, durch »technē« herzustellendes Werk bezogen, sei es das Werk eines Dichters, Musikers, Handwerkers, Arztes oder Politikers. Orientiert man sich im Vorgriff auf Hippokrates schon einmal probenhalber an der ärztlichen Kunst, wird sofort klar, worin der kategoriale Unterschied zur ingenieurwissenschaftlichen Technik besteht: in der mangelnden Definierbarkeit der zu erbringenden Werkleistung. Luftfahrtingenieure haben diese Leistung erbracht, wenn die von ihnen konstruierten Flugzeuge bei sachgemäßer Handhabung unter normalen Bedingungen nicht abstürzen. Der Erfolg ihrer Ingenieurskunst ist objektiver Messung zugänglich und von subjektiven Befindlichkeiten der Flugpassagiere unabhängig. Deren Flugangst verursacht keinen Absturz.

Anders verhält es sich mit Patienten, die ihre Gesundheit durch Angst vor Krankheit auf Dauer ernsthaft gefährden. Wenn diese Angst selbst krankhaft geworden ist, werden sie keiner noch so aufwendigen Computertomographie vertrauen und ihr Befinden nicht allein nach Maßgabe des Standes medizinischer Technik beurteilen. Aber auch und gerade gegenüber der »gesunden« Selbstbeurteilung von Menschen, die ihrem Namen »Patienten« zum Trotz nicht nur »Leidende« sein wollen, sollte die Medizin der technologischen Hybris widerstehen, »Gesundheit« als das von ihr herzustellende Werk abstrakt-generell und ohne Rücksicht auf die konkret-individuelle Krankheitsgeschichte definieren zu wollen. Die Analogie zur Jurisprudenz ist evident: Auch sie sollte sich nicht

13 *Aristoteles*, Ethik (Fn. 3), VI 5, 2 und 5, S. 124: *praxis* als »Selbstzweck«, *poiesis* als »Gestaltung von etwas« mit einem »Endziel außerhalb seiner selbst« (S. 127). Präzise Differenzierung bei *Andreas Luckner*, Klugheit, 2005, S. 82: »Man versteht eine Handlung im Sinne der poiesis, wenn man weiß, für welchen Zweck sie ein Mittel darstellt; man versteht eine Handlung im Sinne der praxis, wenn man weiß, inwiefern sie einen Teil des Lebensvollzuges darstellt.«

überheben, »Recht« und – nach ihrem hier vertretenen rechtsphilosophischen Verständnis untrennbar damit verbunden – »Gerechtigkeit« als ihr Werk ohne Ansehen des Einzelfalles zu bestimmen.<sup>14</sup>

Am Ende des einführenden ersten Teils sollte deutlich geworden sein, warum der vorliegende Beitrag an den großen Traditionslinien eines alteuropäischen Wissenschaftsverständnisses orientiert ist, das den Vorrang der praktischen Vernunft vor dem theoretischen Verstand postuliert und die Kunst der Subsumtion nicht zur Magd einer kunst-fremden Methode degradiert: weil die hier mit Bedacht »Jurisprudenz« genannte Disziplin eine *prudentia* und keine *scientia* ist. Obwohl beide Begriffe ursprünglich unterschiedslos für »Wissenschaft« standen, bringt das Postulat eines »prudentiellen« Primats der Praxis doch deutliche Distanz zu einer »szientistischen« Dominanz der Theorie zum Ausdruck. Die römische »prudentia« ist wie die griechische »phronesis« eine praktische und – wie bereits angedeutet – »poietische« Kompetenz kluger Köpfe, deren Kunst der Argumentation nicht auf die Rationalität neuzeitlicher Wissenschaft und schon gar nicht auf die deduktive Logik ingenieurwissenschaftlicher Technik reduziert werden kann.

14 Zum Verweisungszusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit Rolf Gröschner, Gerechtigkeit, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, I. E.

## II. Erste Antworten aus der Methodengeschichte

### 1. »Techne« der hippokratischen Medizin: Kunst der Diagnose

Was in der Jurisprudenz Subsumtion genannt wird, heißt in der Medizin Diagnose: die Unterordnung eines Falles unter den einschlägigen *terminus technicus* der jeweiligen Wissenschaftsdisziplin. Mit dem betreffenden Terminus wird der Krankheitsfall medizinisch und der Rechtsfall juristisch »auf den Begriff gebracht«. Die spezifische Systembildung, durch die das Denken dabei diszipliniert wird, bezeichnet man in Rechtstheorie und Rechtspraxis übereinstimmend als »dogmatisch«. Die verbreitete Vermutung, rechtswissenschaftliche »Dogmatik« habe ihre wortgeschichtliche Wurzel in der Theologie, ist allerdings ein etymologischer Irrtum. Das altgriechische *dogma* verweist nicht auf eine mit kirchlicher Autorität verkündete Glaubenswahrheit, sondern auf die weit ältere Bestimmung als Lehrsatz der Heilkunst in der hippokratischen Medizin.<sup>15</sup>

In philologischer Feinarbeit an den Quellentexten des *Corpus Hippocraticum* – der über 50 Schriften aus der Ärzteschule auf der Insel Kos um ihren Gründer Hippokrates – hat Maximilian Herberger den originalen Gebrauch und die wissenschaftstheoretische Bedeutung des hippokratischen *dogma* nachgewiesen. Es handelt sich um eine auf Erfahrung beruhende, in ärztlicher Praxis bewährte und als allgemeine Lehre vermittelbare Regel der Kunst (*techne*).<sup>16</sup> Solche Kunstregeln galten unter den Schülern des Hippokrates nicht qua Verkündung *ex cathedra*, sondern kraft Akzeptanz durch geschulte Ärzte, die von den Lehren ihres Meisters keine Wahrheiten für die Ewigkeit erhofften, sondern nichts Höheres erwarteten als jene anerkannten oder »herrschenden«

15 Ausführlich Rolf Gröschner, Hippokratische Techne und richterliche Kunst, in: *Ders.*, Dialogik des Rechts, 2013, S. 157 – 174, konzentriert S. 272 – 274. Soweit der hier verfolgte Gedankengang es erlaubte, wurden einige Formulierungen übernommen.

16 Maximilian Herberger, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, 1981, S. 6 ff.

Meinungen, die Aristoteles *endoxa* genannt hat.<sup>17</sup> Darauf wird zurückzukommen sein.

Bleibt man sich der Unterschiede zwischen der naturwissenschaftlich fundierten und ingenieurwissenschaftlich kontrollierten (Apparate-)Medizin einerseits und der Jurisprudenz als Kulturwissenschaft andererseits sowie der unterschiedlichen Normbegriffe beider Disziplinen bewußt, kann der Vergleich juristischer Subsumtionen mit ärztlichen Diagnosen den Blick für das methodologisch entscheidende Vermögen schärfen: für die Kunst, im individuellen Einzelfall den dogmatisch generalisierten und im Lehrbuch typisierten Standardfall widerzuerkennen. Hippokrates kann die Juristische Methodenlehre hier vor allem deshalb bereichern, weil er seine dogmatischen Lehren aus den Erfahrungen seiner ärztlichen Alltagspraxis erst entwickeln mußte. Theorien, aus denen er seine Diagnosen hätte deduzieren können, gab es seinerzeit schlicht und einfach nicht.

In den methodologisch relevanten Schriften des Corpus Hippocraticum (insbesondere in den Büchern I und III der »Epidemien« und im »Prognostikon«) wird kein Zweifel daran gelassen, worin die Kunstfertigkeit oder das professionelle Können des Arztes besteht. Diagnostizieren (*diagignoskein*) bedeutet dort: anhand bestimmter Symptome zu erkennen (*gignoskein*), an welcher Krankheit der Patient leidet und den vorliegenden Befund von ähnlichen, medizinisch aber anders zu beurteilenden Befunden zu unterscheiden (*dia-gignoskein*). Im 23. Kapitel des Ersten Epidemienbuches wird in allen Einzelheiten dargelegt, auf welch genauer Beobachtung die Befunderhebung beruht und auf welche Symptome zu achten ist: Reden oder Schweigen des Patienten, Schlaf und Träume, Raufen des Haares, Jucken, Tränen, Schweiß, Fieber, Husten, Niesen, Schluckauf, Atmung et cetera. Die beiden methodologischen Pointen stecken aber in dem Satz »wir machten unsere Schlüsse

17 Herberger, Dogmatik (Fn. 16), S. 30. Das hippokratische *dogma* ist in aristotelischer Topiktradition eine anerkannte Lehrmeinung (*endoxon*), die als Prämisse einer auf Wahrscheinlichkeit gegründeten rhetorischen Argumentation dienen kann. Näher unten bei und in Fn. 97.

aus der allgemeinen menschlichen Natur und aus der individuellen Natur eines jeden Kranken«. <sup>18</sup>

Die erste, im Rückgriff auf die »Natur« (*physis*) des Menschen enthaltene Pointe ist jene Freisetzung menschlicher Vernunft, die den griechischen Kosmos des fünften vorchristlichen Jahrhunderts geprägt hat: die Befreiung von der Macht des Mythos. <sup>19</sup> Die hippokratische Schrift »Von der heiligen Krankheit« ist dafür ein bezeichnendes Beispiel. Der Verfasser schreibt gleich zu Beginn, eine Krankheit wie die Epilepsie sei keineswegs göttlicher oder heiliger als andere Krankheiten, sondern wie diese natürlichen Ursprungs. Gegenüber dem Aberglauben der archaischen Medizin, die in jedem epileptischen Anfall ein erschreckendes Zeichen dämonischer Besessenheit gesehen hatte, ist dies ein geradezu revolutionärer Akt geistiger Emanzipation <sup>20</sup>: Die Magie wurde gestürzt und die mythische Spekulation durch eine rationale Rekonstruktion naturgegebener Ursachen ersetzt.

Typisch hippokratisch wäre diese Revolution des Geistes auch dann, wenn die genannte Schrift nicht von Hippokrates selbst verfaßt sein sollte. Denn der praktisch wichtigste Teil der hippokratischen Medizin, die Prognose, das heißt die ärztliche Aussage über den voraussichtlichen Krankheitsverlauf, ist nicht mehr auf atavistischen Mythenkult, sondern auf antike Kausalitätsvorstellungen gebaut. Wenn es in Kapitel 9 der »Heiligen Krankheit« heißt, daß die Epilepsie bei Erwachsenen weder tödlich verlaufe noch bleibende Veränderungen verursache, dann spricht daraus nicht die Hoffnung auf die reinigende Kraft des Magiers, sondern das Vertrauen auf die Bewährung der eigenen, nur durch Praxis zu erwerbenden Erfahrung. <sup>21</sup>

18 *Hippokrates*, Fünf auserlesene Schriften, übersetzt von *Wilhelm Capelle*, 1955, S. 171.

19 *Wilhelm Nestle*, Vom Mythos zum Logos. Die Selbstfindung des griechischen Denkens von Homer bis auf die Sophistik und Sokrates, 2. Aufl. 1975; zur hippokratischen Medizin S. 207 ff.

20 *Capelle*, Hippokrates (Fn. 18), S. 70, bezeichnet den Gedanken, daß die Epilepsie ihren Ursprung in der Vererbung und ihre Ursache im Gehirn habe, »geradezu als genial«.

21 Die auch »Katharten« genannten Magier der vorhippokratischen Zeit hatten die Kranken von dämonischer Befleckung zu reinigen: *Capelle*, Hippokrates (Fn. 18), S. 62.



Die zweite Pointe betrifft das Verhältnis von »allgemeiner« Natur des Menschen und »individueller« Natur des Kranken. In seinem methodologischen Kern wird dieses Verhältnis zwischen dem Allgemeinen und dem Individuellen durch die Vermittlungsleistung der *technē* bestimmt. Als philosophisch sachverständiger Zeuge steht hierfür kein Geringerer als Aristoteles zur Verfügung.<sup>22</sup> Im ersten Kapitel des Ersten Buches der »Metaphysik« heißt es, *technē* entstehe, wenn aus vielen Aussagen der Erfahrung (*empeiria*) eine allgemeine Auffassung über die ähnlichen Einzelfälle wird. Am Beispiel der Krankenbehandlung, die nicht an »dem Menschen« vorgenommen werde, sondern an Kallias oder Sokrates, wird die Kunst eines medizinischen Techniten (*technites*) wissenschaftstheoretisch präzise von ärztlicher Erfahrung abgegrenzt:

Wenn nun jemand den Begriff (*logos*) hat ohne Erfahrung und das Allgemeine kennt, den Einzelfall darin aber nicht kennt, wird er sich oft in der Behandlung irren; denn das, was behandelt werden soll, ist der Einzelfall. Aber dennoch glauben wir, daß das Wissen und das Sich-auf-etwas-Verstehen der *technē* eher zukommt als der Erfahrung (*empeiria*), und wir halten die Techniten für kompetenter als die Erfahrenen, weil sich Kompetenz für alle eher gemäß dem Wissen ergibt: Dies deshalb, weil die einen den Grund wissen, die anderen nicht. Denn die Erfahrenen wissen zwar das Daß, das Warum wissen sie aber nicht [...].<sup>23</sup>

Im dreiteiligen System der oben erwähnten Formen praktischen, poietischen und theoretischen Wissens ist der aristotelische Technit – der die kunstgerechte Herstellung der Werke seiner *technē* beherrscht – weder reiner Theoretiker noch bloßer Praktiker, sondern Vermittler zwischen Theorie und Praxis. »Reine Theoretiker« kennen nur das Allgemeine, »bloße Praktiker« nur das Einzelne, während Techniten praktische Erfahrungen mit theoretischen Einsichten verbinden. So war Hippokrates Theoretiker genug, um die Ursache der Epilepsie im Gehirn zu lokalisieren, und diese theoretische Einsicht lieferte ihm als Praktiker bei je-

22 *Technē* ist das erste Wort der Nikomachischen Ethik, obwohl deren Gegenstand das Handeln der *praxis* und nicht das Herstellen der *poiesis* ist: Dirlmeier (Fn. 3), S. 448. Die inhaltliche Bestimmung erfolgt daher in der Metaphysik (Fn. 74).

23 Aristoteles, Metaphysik I 1, 981 a in der Übersetzung von Alexander Wiehart, in: Rolf Gröschner/Claus Dierksmeier/Michael Henkel/Alexander Wiehart, Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, S. 67 f.

dem epileptischen Anfall einen guten Grund für die Prognose einer vorübergehenden Krise. Ohne entsprechende Erfahrung wäre diese Prognosepraxis aber ebensowenig denkbar gewesen wie die Entwicklung einer Theorie, nach der erst das Gehirn eines Erwachsenen epileptische Anfälle verkräftet.<sup>24</sup>

Die solchermaßen zwischen *logos* und *empeiria* vermittelnde *technē* ist in ihrem methodologischen Kern eine Kunst, die über Jahrtausende gleichgeblieben ist: die der generellen medizinischen Beurteilung des jeweils individuellen Befundes. Obwohl die Epidemienbücher im Prinzip nichts anderes enthalten als private, für den persönlichen Gebrauch des Arztes Hippokrates – nicht etwa des Theoretikers – angefertigte Erfahrungsberichte, ist Hippokrates gerade aufgrund ihrer und der ebenfalls erfahrungsgemäßen, aus der Praxis für die Praxis aufgezeichneten Berichte des »Prognostikon« zum Vater der theoretischen Medizin geworden. Denn es sind nicht wahllos aneinandergereihte Krankengeschichten, die sich dort finden, sondern vergleichend nebeneinandergestellte Krankheitsverläufe, die im Vergleich das Wesentliche vom Unwesentlichen unterscheiden und darin das Generelle aus dem Individuellen und das Theoretische aus dem Praktischen entwickeln. In einem medizinhistorischen Standardwerk findet man dazu den prägnanten Satz:

Dieser Einklang von Theorie und Praxis kennzeichnet die höchste denkbare Stufe griechischer medizinischer »Technē«.<sup>25</sup>

24 *Capelle*, Hippokrates (Fn. 18), S. 75 mit der Unterscheidung zwischen »kleinen Kindern« und »älteren Leuten«. Mathematische Exaktheit (hier: einer genauen Altersangabe) konnte und kann kein Ideal für medizinische Prognosen sein.

25 *Charles Lichtenthaeler*, Geschichte der Medizin, Bd. 1, 4. Aufl. 1987, S.158. Die Prägnanz des Satzes resultiert aus der musiktheoretischen Metapher des »Einklangs«: Theorie und Praxis werden dadurch hörbar harmonisch aufeinander eingestimmt, weil beide Stimmen denselben Ton – den der »Technē« – zu singen haben. Die Stimmlage des Theoretikers mag die eines Tenors, diejenige des Praktikers die eines Baritons sein: Wenn beide »Technē« intonieren, bleiben ihre Stimmen im Einklang verschieden.

## 2. »Techne« der sokratischen Philosophie: Kunst des Dialogs

Die generelle Beurteilung individueller Fälle – allerdings nicht pathologischer, sondern philosophischer Art – war auch das Grundanliegen des Sokrates.<sup>26</sup> Ohne einen einzigen Text hinterlassen zu haben, gelangte er durch seine lebenslang praktizierte Kunst der dialektischen oder – synonym – dialogischen Gesprächsführung zu philosophischem Weltruhm. So paradox es klingt, ist er durch seinen Tod unsterblich geworden: als weltgeschichtliche Persönlichkeit, nicht nur als Stammvater der alteuropäischen Philosophie. Er starb siebzigjährig im Jahre 399 v. Chr., in einem aufsehenerregenden Strafverfahren zum Tode verurteilt, weil er die Jugend verdorben und die Götter Athens verunglimpft habe.<sup>27</sup> Da er zu diesen »Taten« stand, verzichtete Sokrates nicht nur auf die übliche Verteidigungsstrategie vor Gericht, sondern auch auf die angebotene Flucht aus dem Gefängnis und trank gelassen das Gift des Schierlingsbechers.<sup>28</sup>

Diese Gelassenheit im Angesicht des Todes erklärt sich aus dem berühmten Wissen um das Nichtwissen, dessen richtiges Verständnis im Zentrum aller Erinnerungen an Sokrates als den Urtypus des dialogisch Philosophierenden stehen sollte. Einem verbreiteten Fehlzitat zum Trotz ist nirgends der Satz überliefert »Ich weiß, daß ich nichts weiß«. Einen solchen Widerspruch zwischen der Behauptung, etwas und doch nichts zu wissen, hätten weder Sokrates mündlich noch sein philosophischer Hauptzeuge Platon schriftlich artikuliert. In Platons »Apologie«, der literarisch kunstvoll gestalteten Verteidigungsrede des Sokrates, heißt es deshalb: Etwas, das er nicht wisse, glaube er auch nicht zu wissen.<sup>29</sup> Warum sollte er, der sich kein Wissen über ein himmlisches oder hölli-

26 Diesem Abschnitt liegt die ausführliche, mit zahlreichen Nachweisen versehene Sokrates-Interpretation in *Rolf Gröschner*, *Dialogik und Jurisprudenz*, 1982, S. 134 – 151, zugrunde, die in einigen Passagen übernommen werden konnte.

27 *Platon*, *Apologie*, 24 b, in: *Werke in acht Bänden*, griechisch und deutsch, hrsg. v. Gunther Eigler, Bd. 2, 1973, S. 20 f.

28 Zu Biographie und Philosophie komprimiert das Stichwort Sokrates in *Mittelstraß*, *Enzyklopädie* (Fn. 11), Bd. 2, S. 836 f.

29 *Platon*, *Apologie* (Fn. 27), 21 d, S. 14 f. Deutlich auch 29 a, S. 35: »Denn es ist ein Dünkel [zu behaupten], etwas zu wissen, was man nicht weiß.«.

sches Jenseits anmaßte, Angst vor dem Tode gehabt haben? Und warum sollte er permanent, penetrant und provokativ Dialoge über das Gelingen des diesseitigen Lebens geführt haben, die allesamt ohne abschließende Antwort geblieben sind, wenn er insoweit monologisches Wissen für sich in Anspruch genommen hätte?<sup>30</sup>

Obwohl Sokrates die für seine Person und seine Philosophie konstitutiven Gespräche nur mündlich gepflegt hat, lassen die frühen Dialoge Platons doch jenen »Typ Sokrates« erkennen, der als philosophischer Lehrer für die Kunst der Gesprächsführung bei den philosophischen Großthemen des Wahren, Guten und Schönen bis heute unübertroffen ist.<sup>31</sup> Die immer wieder lesenswerten Dialoge sind: Thrasymachos über Gerechtigkeit<sup>32</sup>, Laches über Tapferkeit, Charmides über Besonnenheit, Eutyphron über Frömmigkeit und Lysis über Freundschaft (jeweils in einem Dialog dieses Titels). Sie alle enden in einer Aporie, einer philosophisch ausweglosen Situation, in der die Dialogpartner sich und einander eingestehen müssen, das wahre Wesen des Gesprächsgegenstands nicht gefunden, genauer: nicht in einer Weise gefunden zu haben, die einen abschließend definierbaren, als unumstrittene Prämisse für monologische Deduktionen verwendbaren Begriff hätte zur Verfügung stellen können.

Für die betreffenden frühen, aporetischen oder eben sokratischen Dialoge hat Helmut Kuhn schon vor fünfzig Jahren eine Grundunterscheidung getroffen, die sich trotz aller Feinheiten professioneller Platon-Philosophie und -Philologie bis heute behaupten konnte: Sokrates hat die lebensphilosophischen Fragen gestellt, auf die sein Meisterschüler Platon in den mittleren und späten Dialogen ureigene metaphysische

30 Für eine konsequent dialogische Deutung der sokratischen Philosophie aus jüngerer Zeit *Günter Figal*, Sokrates, 2006.

31 *Gernot Böhme*, Der Typ Sokrates, erweiterte Neuauflage 2002.

32 *Platon*, Politeia (Fn. 27, Bd. 4), Erstes Buch. Eine lesenswerte Nacherzählung aller zehn Bücher bei *Joachim Lege*, Politeia, 2013.

Antworten gegeben hat.<sup>33</sup> Das sokratische Fragen zielte auf das Gelingen menschlicher Existenz in der Spanne eines kurzen Lebens, das platonische Antworten dagegen auf das Ganze des Seins in einer an ewiger Wahrheit orientierten ontologischen Erkenntnis. Die sokratische Technik des Dialogs lebt vom Verzicht auf solche Letzterkenntnis und von der Offenheit, zu einem Dialogpartner wie Charmides sagen zu können: »Ich suche erst mit dir, was wir uns aufgegeben haben, weil ich es eben selbst nicht weiß.«<sup>34</sup> Hans Georg Gadamer hat diese dialogische Grundhaltung treffend den »hermeneutischen Vorrang der Frage« genannt.

Es gehört zu den größten Einsichten, die uns die platonische Sokratesdarstellung vermittelt, daß das Fragen – ganz im Gegensatz zu der allgemeinen Meinung – schwerer ist als das Antworten.<sup>35</sup> [...] Die Entscheidung der Frage ist der Weg zum Wissen. Wodurch eine Frage entschieden wird, ist das Überwiegen der Gründe für die eine und gegen die andere Möglichkeit. Aber die volle Erkenntnis ist das noch nicht. Erst durch die Auflösung der Gegeninstanzen, erst wenn die Gegenargumente in ihrer Unrichtigkeit durchschaut sind, ist die Sache selbst gewußt.<sup>36</sup>

Diese »Sache« ließe sich wegen der Herkunft vom gotischen Verbum »sakan« (streiten) auch als juristischer Streitgegenstand interpretieren<sup>37</sup>, die Apologie des Sokrates sollte jedoch nicht zum Paradigma forensischer Dialogik erklärt werden. Denn erstens betont Sokrates ausdrücklich, als Fremder in der Technik der Gerichtsrede wie sonst auch auf der *agora* reden zu wollen: wie auf der Wirkungsstätte seiner alltäglichen Auseinandersetzungen mit den Athenern auf deren Markt der Meinungen<sup>38</sup>; und zweitens stellt sich der sokratische Dialog nicht nur

33 *Helmut Kuhn*, Sokrates, 1959, S. 198 – 217, gebündelt im Untertitel »Versuch über den Ursprung der Metaphysik«: Die metaphysischen Antworten Platons »entspringen« dem lebensphilosophischen Fragen des Sokrates. Die Weite des ideengeschichtlichen Horizonts sokratischer Dialogik wird deutlich bei *Martin F. Meyer* (Hrsg.), *Zur Geschichte des Dialogs. Philosophische Positionen von Sokrates bis Habermas*, 2006.

34 *Platon*, Charmides, 165 b, Werke (Fn. 27), Bd. 1, S. 319.

35 *Hans-Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode, Werke, Bd. 1, S. 368. Man vergleiche dieses »Überwiegen der Gründe« mit den Waagschalen der Justitia (oben, Fn. 6 f.).

36 *Gadamer*, Wahrheit (Fn. 35), S. 370.

37 *Jacob und Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Bd. VIII, Leipzig 1893, Sp. 1592.

38 *Platon*, Apologie, 17 c/d (Fn. 27, Bd. 2), S.5; vgl. auch 38 d/e: Verteidigung ohne Jammern und Wehklagen (S. 61).

im Sonderfall vor Gericht als Streitgespräch dar, sondern in jedem Fall.<sup>39</sup> Paradigmatisch kann dafür auf den Dialog »Laches« verwiesen werden.<sup>40</sup>

Wie alle sokratischen Dialoge Platons beginnt er mit einer praktischen, aus der Lebenssituation zu verstehenden Frage. Es ist die Situation zweier, um die Erziehung ihrer Söhne besorgter Väter, die vor der Frage stehen, ob man die Jünglinge in der Kunst unterweisen solle, in ganzer Rüstung zu fechten (181 c). Bevor es überhaupt zum Dialog darüber kommt, hat man sich, gemeinsam mit sachkundigen Freunden, den Feldherrn Nikias und Laches, einen Kampf in der Fechtschule angesehen (178 a) und beide sollen nun, da sie »Mitzuschauer« gewesen sind, auch »Mitberater und Teilnehmer« an der »Sorge für die Söhne« werden (179 e). Als philosophische *Techne* ist der Dialog nämlich – wie bereits betont – aus der Teilnehmerperspektive zu führen und nicht aus der Beobachterperspektive zu beschreiben. Auch Sokrates wird nicht als distanzierter Theoretiker, sondern als der für Erziehungsfragen kompetente Pädagoge eingeführt, insbesondere, was die vorliegende Frage betrifft, wegen seiner persönlichen Erfahrung im Gefecht (180 c – 181 b).

Weil in einer ersten, mit Nützlichkeitsargumenten geführten Auseinandersetzung »Laches für die entgegengesetzte Seite gestimmt hat als Nikias«, soll Sokrates die Rolle des Schiedsrichters übernehmen (184 d).<sup>41</sup> Ganz dieser (schieds-) richterlichen Situation entsprechend fragt Sokrates zunächst, »was es eigentlich ist, worüber wir beratschlagen und untersuchen« (185 b). Er folgt damit dem oben erwähnten »hermeneutischen Vorrang der Frage«, einem Grundprinzip dialogischen Geschehens und Verstehens, in dem die sokratische Tradition – via Gadamer – noch in der heutigen Hermeneutik nachwirkt. Die Frage, um die es im »Laches« aber »eigentlich« geht, ist gar nicht »die Frage von

39 Kuhn, Sokrates (Fn. 33), S. 26.

40 Platon, Laches (Fn. 27, Bd. 1), im folgenden mit Angaben der Stephanus-Paginierung und Zitaten aus der Übersetzung Schleiermachers. Ausführliche Interpretation des Dialogs bei Bettina Fröhlich, *Die sokratische Frage. Platons »Laches«*, 2007.

41 Kuhn, Sokrates (Fn. 33), S. 57: »Plato liebt es, das sokratische Gespräch mit einer Gerichtsszene zu vergleichen.« Die Waage der *Justitia* (oben, Fn. 6) wäre daher auch ein gutes Symbol für den sokratischen Dialog – wegen des aporetischen Endes allerdings ohne das Schwert der Entscheidung.

dem Fechten in ganzer Rüstung, ob die jungen Männer es lernen sollen oder nicht« (185 c), sondern etwas anderes, »um deswillen« die Fechtfrage gestellt wurde (185 d): die Erziehungsfrage und damit die Frage nach dem Erziehungsziel der »arete«, der Tugend und Tüchtigkeit (190 b).<sup>42</sup>

Im sokratischen »Laches« wird, anders als im platonischen »Menon«, nicht nach der Tugend »an und für sich«<sup>43</sup> gefragt, sondern, der zugrundeliegenden praktischen Frage entsprechend, nach ihren Erscheinungsformen im Leben. Und diese Formen können im »Laches« nur jene sein, auf die die »Kunst des Fechtens abzuwirken scheint«: Formen, in denen die Tugend als Tapferkeit erscheint (190 d). Der sokratische Dialog dreht sich dabei weder um die »Idee« noch um den »Begriff« der Tapferkeit, sondern um deren im Grunde unübersetzbaren »logos«. *Logos* heißt zuallererst »Wort«, und zwar in der sokratischen Philosophie mehr als in jeder anderen: Wort, das sich im Miteinanderreden des *dialogos* äußert.

Die überpersönliche Sachlichkeit dieses Logos als des Richters über den Gesprächspartnern gibt dem sokratischen Gespräch seinen festen Halt, und die platonische Sprechweise bringt das drastisch zum Vorschein. Der Logos führt in Platons Sprache sein Eigenleben: er befiehlt, gibt nach, läuft davon, narrt uns und lacht uns aus. Immer aber ist er es, dem als oberstem Richter Gehorsam geleistet werden muß. Der Logos bleibt fest und derselbe im Wechsel der Lebenslagen, so daß wir immer wieder auf ihn zurückkommen können.<sup>44</sup>

Was »Tapferkeit« bedeutet, soll in der sokratischen Dialogik aus dem Leben begriffen werden, aber nicht in einer Definition, auf die das Leben sich nicht bringen läßt, sondern in einer gesprächsweisen Bestimmung des Logos, die aus dem Leben herausgreift, was erfahrungsgemäß in ihm wesentlich ist, ohne damit auf das ganze »Wesen« des Lebens auszugreifen. Weil das Wesentliche einer Erfahrung sich aber nur aus dem je eigenen Leben ergibt, ist mehr konkrete Individualität erforderlich als

42 Zur »arete« als Grundbegriff der sokratischen und späteren platonischen Philosophie *Christoph Horn und Christof Rapp* (Hrsg.), Wörterbuch der antiken Philosophie, 2. Aufl. 2008, S. 59 f.

43 »An und für sich« ist Schleiermachers Übersetzung von *auto kath'auto* und bezeichnet die Identität platonischer Ideen, die stets »sich selbst gemäß« zu betrachten sind: *Horn/Rapp*, Wörterbuch (Fn. 42), S. 78 f.

44 *Kuhn*, Sokrates (Fn 33), S. 57 f.

bei Angabe genereller Merkmale eines abstrakten Begriffs. Im Logos muß etwas so individuell gesagt werden, daß eine eigene Erfahrung zum Ausdruck kommen und die Erfahrung anderer darin angesprochen werden kann.

Aus diesem Charakter des *logos* im *dialogos*, des Redesinns im »Zwischen« der Dialogpartner – um es mit dem Hauptwort der Dialogik Martin Bubers zu sagen<sup>45</sup> – folgt aber andererseits auch, daß man das, was man individuell erfahren hat, so allgemein sagen muß, daß mehr als eine einzelne Erfahrung damit zu verbinden ist. Darauf bezieht sich das lästige Nachfragen des Sokrates, das ihn letztlich das Leben gekostet hat: auf die Frage, ob eine Einzelerfahrung in dialogischer Rede und Gegenrede verallgemeinerungsfähig ist, ob man etwas im philosophischen Sinne der alltagssprachlichen Floskel »allgemein so sagen« kann. Wer so fragt, fragt wie Sokrates.

Das zeigt der Fortgang des Dialogs. Denn es fragt sich, ob man, wie Laches, allgemein sagen kann, Tapferkeit bestehe darin, »in Reihe und Glied standhaltend die Feinde abzuwehren und nicht zu fliehen« (190 e). Dieser einseitigen Sicht, die der vielseitigen Verwendbarkeit des Wortes »Tapferkeit« nicht entspricht, hält Sokrates zunächst entgegen, man könne »nicht minder fliehend als verfolgend den Feind bekriegen« (191 a), um dann die Fragestellung zu präzisieren:

Ich wollte nicht nur erfahren, welches die Tapfern im Fußvolk wären, sondern auch in der Reiterei und in allem, was zum Kriege gehört; und nicht nur die im Kriege, sondern auch die Tapfern in den Gefahren zur See, ferner auch die, welche in Krankheit und Armut und in der Staatsverwaltung tapfer sind, ja noch mehr, nicht nur die gegen den Schmerz tapfer sind und gegen die Furcht, sondern auch die gegen Begierden und Lust stark sind zu fechten, und sowohl standhaltend als umwendend (191 c f.).

Philosophiegeschichtlich gesehen wird in diesen spezifisch sokratischen Nachfragen die Allgemeinheit des Logos als Grundphänomen der Sprache entdeckt.

Die Frage: Was ist Tapferkeit? klingt so einfach und ist doch so entscheidend. Seit Sokrates und Platon leben wir freilich in allgemeinen Begriffen, und so fällt es uns schwer, die

45 Martin Buber, Schriften zur Philosophie, Werke, Bd. 1, 1962, S. 272, 405 f. Zur Bedeutung des »Zwischen« eingehend Gröschner, Dialogik (Fn. 15), S. 38 ff.



entscheidende Bedeutung dieser Frage in ihrer Ursprünglichkeit zu durchschauen. Aber wir müssen sehen lernen, daß Sokrates der erste gewesen ist, der eine solche Frage gestellt hat, daß diese Frage etwas Unerhörtes ist und daß es diese Frage vorher nicht gegeben hat [...] In den frühplatonischen Dialogen – und hier insbesondere im Laches – wird in der uns bekannten Geschichte des Denkens eine solche Frage zum ersten Male gestellt [...] Vielleicht gibt es keinen besseren Weg, das Problem des Allgemeinen in seinem grundsätzlichen Charakter zu sehen, als dem sokratischen Gespräch im Laches zu folgen.<sup>46</sup>

Auf dem Weg sokratischen Philosophierens gelangt man in teilnehmender *praxis* und kunstgerechter *poiesis* des Gesprächs zu einer *techné* dialogischer Rede und Gegenrede, aber nicht zu einer *theoria* distanzierter Beobachtung der Sprache.<sup>47</sup> An seinem Ende findet sich daher auch keine theorielastige Dichotomie von abstrakt-allgemeinen (Rechts-) Begriffen und konkret-individuellen (Lebens-) Sachverhalten wie im traditionellen Modell der Subsumtion.<sup>48</sup> Warum der Philosophenweg des Sokrates an diesem dichotomischen Modell einer zwiespältigen Welt von Allgemeinem und Einzelem, Gesetz und Fall, Sollen und Sein vorbeiführt, wird bei der Behandlung der römischen Jurisprudenz deutlich werden.

### 3. »Ars« der römischen Jurisprudenz: Kunst der Urteilsbildung

Das alte Europa verdankt seine Philosophie den Griechen und seine Jurisprudenz den Römern. Trotz dieses Herkunftsunterschieds steht die römische Jurisprudenz in einem methodengeschichtlich bemerkenswerten Näheverhältnis zur griechischen Philosophie. Das Erste Buch der Digesten formuliert dazu am Anfang des Ersten Titels in schöner

46 Gottfried Martin, Einleitung in die allgemeine Metaphysik, 1974, S.18 f. Zur »Entdeckung des Allgemeinen« im sokratischen Fragen nach dem »Was« der Wörter schon Heinrich Maier, Sokrates, 2. Neudruck der Ausgabe 1913, 1985, S. 526 f.

47 Zum Unterschied zwischen »Sprache« als System und gesprochener »Rede« und zur daraus folgenden Unterscheidung analytischer von hermeneutischer Sprachphilosophie Gröschner, Dialogik (Fn. 15), S. 66 ff.

48 Kritischer Dialog über die angebliche Abstraktheit gesetzlicher Tatbestände und die vermeintliche Konkretheit lebensweltlicher Sachverhalte bei Gröschner u. a., Rechts- und Staatsphilosophie (Fn. 23), S. 58 ff.

Schlichtheit, *ius* sei nach *iustitia* benannt, fügt mit feiner Ironie hinzu, Juristen seien Priester der Gerechtigkeit (säkulare *sacerdotes*, nicht etwa sakrale *pontifices*, von denen die professionellen *iuris consulti* sich gerade emanzipiert hatten) und folgert nicht ohne einen gewissen Stolz, als weltliche Priester der Gerechtigkeit erstrebten sie *veram philosophiam*.<sup>49</sup>

Die Pointe dieser »wahren Philosophie« der Jurisprudenz erschließt sich aus Ciceros »Tusculanae disputationes«. Im Fünften Buch der »Gespräche in Tusculum« heißt es von Sokrates, er habe als erster die Philosophie vom Himmel heruntergerufen (»devocavit e caelo«) und sie in seiner eigenen »ratio disputandi« auf das Leben bezogen.

Wir haben davon vor allem dies übernommen, was auch Sokrates, wie wir glauben, angewandt hat, daß wir unsere eigene Meinung zurückhielten, die Andern aber von ihrem Irrtum befreiten und bei jeder Untersuchung fragten, was der Wahrheit am nächsten käme (quid esset simillimum veri).<sup>50</sup>

Was Cicero die *ratio* des Disputierens nennt, ist demnach nichts anderes als die sokratische Kunst dialogischer Gesprächsführung. Und diese wiederum verlangt – wie oben deutlich geworden sein sollte – den prinzipiellen, im Prinzip des Nichtwissens fundierten Verzicht auf einen abschließend definierbaren Begriff des »verum«. An dessen Stelle das dem Wahren Ähnlichste (simillimum) zu setzen, heißt in der Tradition der noch näher zu erläuternden aristotelischen Unterscheidung zwischen wahrheitserhaltenden Schließen und meinungsmäßigem Urteilen (*syllogismos* und *enthymema*), auch beim Gerechtigkeitsanspruch der Jurisprudenz auf angemessenes Wissen um die abstrakten Begriffsmerkmale der *iustitia* zu verzichten.

Auch der berühmte Satz des Celsus, der das Recht noch vor der Herleitung von *ius* aus *iustitia* als »Kunst des Guten und Gerechten« bestimmt (»ius est ars boni et aequi«)<sup>51</sup>, bezieht seine methodologische

49 Okko Behrends/Rolf Knütel/Berthold Kupisch u. a. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Bd. 2, 1995, S. 91 mit Fußnotenverweis auf Cicero.

50 Marcus Tullius Cicero, Gespräche in Tusculum. Tusculanae disputationes. Lateinisch-deutsch, hrsg. von Olof Gigon, 3. Aufl. 1976, S. 324 f. Die »ratio disputandi« ist mit »Art des Diskutierens« philologisch korrekt, aber philosophisch unspezifisch übersetzt.

51 Digesten 1,1,1 pr.

Bedeutung aus der philosophischen Bescheidenheit des Sokrates: Der Satz enthält weder eine Definition des Rechtsbegriffs noch definitorische Bestimmungen der in ihm verwendeten Termini. Gleichwohl sagt er viel – um nicht zu sagen alles – über den Charakter der römischen Jurisprudenz: Sie ist eine »ars«, die ihre Güte (»bonum«) nicht aus der Gerechtigkeit »an und für sich« bezieht, sondern aus der Gerechtigkeit im Einzelfall (»aequitas«).<sup>52</sup>

Als *ars* hat die betreffende Kunst denselben Charakter wie die griechische *techne*. Zunächst einmal und sprachlich ganz einfach ist sie deren lateinische Übersetzung, hat also mit der »schönen« Kunst der Maler und Bildhauer, Musiker und Dichter, Sänger und Schauspieler nach deren derzeitigem Selbstverständnis und dem Kunstverständnis des heutigen Kulturbetriebs nichts zu tun. Sodann ist ihr wissenschaftstheoretischer Status durch dieselbe Vermittlungsleistung zwischen Theorie und Praxis gekennzeichnet, die für jede *Techne* charakteristisch ist. Bei Hippokrates war sie auf den »Einklang« theoretischen Wissens mit praktischer Erfahrung in der Kunst der Diagnose bezogen, bei Sokrates auf die Auseinandersetzung über die Verallgemeinerungsfähigkeit von Einzelerfahrungen im »Zwischen« der Teilnehmer an einem philosophischen Dialog.<sup>53</sup>

Die Brücke zwischen Theorie und Praxis bildet in der Jurisprudenz seit ihrer klassischen römischen Zeit die nach dem »dogma« der hippokratischen Medizin benannte »Dogmatik«. Nach Franz Wieacker hat sie »intellektuell überprüfbare und öffentlich einsichtige Kriterien für die Handhabung des Bewertungsspielraums anzugeben, den jede Anwendung einer Norm auf einen konkreten Fall erfordert.«<sup>54</sup> »Jede« Normanwendung darf bei einem so renommierten Romanisten getrost beim Wort genommen werden. Denn der römischrechtliche Grundsatz »om-

52 Die Philosophie der römischen Jurisprudenz ist eben nicht platonisch (oben, Fn. 43), sondern sokratisch.

53 *Buber*, Philosophie (Fn. 45), S. 405: »Das Zwischen ist nicht eine Hilfskonstruktion, sondern wirklicher Ort und Träger zwischenmenschlichen Geschehens«, vor allem, wenn »zwei Menschen ein Gespräch miteinander führen [...], dessen Sinn weder in einem der beiden Partner noch in beiden zusammen sich findet, sondern nur in [...] ihrem lebhaften Zusammenspiel, diesem ihrem Zwischen« (S. 272).

54 *Franz Wieacker*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: *Ausgewählte Schriften*, Bd. 2, 1983, S. 63.

nis definitio in iure civili periculosa«<sup>55</sup> ist Ausdruck der Überzeugung, alle abstrakten Definitionen des Zivilrechts seien gefährlich, weil sie keinen Raum für die Einzelfallgerechtigkeit der *aequitas* ließen. Für das Öffentliche Recht der Römer mit seinen Spielräumen für die politische Gestaltung des Gemeinwesens galt dies erst recht.<sup>56</sup>

Ulpians Gerechtigkeitsformel, die der Berühmtheit des Celsussatzes in nichts nachsteht, bestätigt diese »kunst«-gerechte Interpretation der Grundbegriffe römischer Jurisprudenz: »Iustitia est constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi«<sup>57</sup>. Gerechtigkeit als (sachlich) gleichbleibender und (zeitlich) ausdauernder Wille, jedem das ihm gebührende Recht zukommen zu lassen, darf allerdings nicht in anachronistischer Weise vom neuzeitlichen »Willen« selbstbestimmter Subjekte her verstanden werden. Wenn man die Doppelung von »konstantem« und »perpetuiertem« Willen in der rhetorischen Figur eines Hendiadyoin als besondere Betonung ernst nimmt, bedeutet »voluntas« im Lateinischen nichts anderes als »ethos« im Griechischen: ein unbedingtes und unbeugsames Bestreben, das Charakter zeigt und das seine sachliche Konstanz und zeitliche Permanenz durch Charakterbildung erhält.<sup>58</sup>

So interpretiert, wird das Gerechtigkeitsstreben als juristisches Berufsethos zur Innenseite der Kunst des Guten und Gerechten. Eben weil es sich um eine *ars* handelt, die nicht automatisch zu generieren, sondern stets aufs neue zu aktivieren ist, bedarf es des dauernden Willens, jedem Einzelfall – buchstäblich: je dem Einzelfall – gerecht zu werden. Gäbe es Programme für Subsumtionsautomaten, wäre die Jurisprudenz keine

55 Digesten 50, 17, 202.

56 Rolf Gröschner, Römischer Republikanismus, in: Kristian Kühl/Gerhard Seher (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, 2011, S. 15 ff.

57 Digesten 1, 1, 10 pr. In den Institutionen 1, 1 pr. endet der Satz dagegen mit dem Adjektiv »tribuens«. Das Attribut eines »zuteilenden« Willens wirkt aber nicht nur etwas schief, sondern läßt auch die Bedeutung der Gerundivkonstruktion »tribuendi« als Appell vermissen, den Willen zur gerechten Entscheidung auf das im Einzelfall zuzuteilende Recht zu beziehen.

58 Klassische Bestimmung von *ethos* aus der Doppelbedeutung äußerer Gewöhnung (Sitte) und innerer Gewohnheit (Charakter): *Aristoteles*, Nikomachische Ethik II 1. Charakter hat der Mensch danach nicht von Natur, sondern erwirbt er durch Entwicklung gewohnter Grundhaltungen und Handlungsweisen. »So werden wir auch gerecht, indem wir gerecht handeln« in der Übersetzung Dirlmeier (Fn. 3), S. 28.

Kunst. Bei vorprogrammierten Entscheidungen ohne Entscheidungsspielräume bedürfte es auch keines Berufsethos. Solche Spielräume sind aber konstitutiv für alle juristischen Entscheidungen, die sich nicht formalarmäßig erledigen lassen, und zwar sowohl bei der Konstituierung des Falles als auch bei der Interpretation des einschlägigen Rechts. Was »der Fall ist«, kann nicht unabhängig von den Beteiligten festgestellt werden; deren gutes Recht ist es daher nach einem Urprinzip der Gerechtigkeit, zu »ihrem« Fall gehört zu werden.<sup>59</sup>

In dieser dezidiert dialogischen Rechts- und Gerechtigkeitskonzeption waren Roms Respondierjuristen die ersten Dogmatiker des Zivilrechts. Die *responsa prudentium* galten als Rechtsquelle, obwohl ihnen kein höherer Rang zugestanden wurde als derjenige von Sätzen und Meinungen (»sententiae et opiniones«) angesehener Rechtsgelehrter.<sup>60</sup> Auch wenn dogmatischen Lehrsätzen im Verfassungsstaat des Grundgesetzes nur kraft Richterrechts Quellencharakter zukommt, gewinnt die Rechtsdogmatik vor dem Horizont ihrer römischrechtlichen Methodentradition doch klare Konturen: Ihre nicht etwa »wahren«, wohl aber »wahr scheinenden« und deshalb allgemein anerkannten Lehren sind Standardargumente zur Begründung juristischer Urteile in den Spielräumen rechtlicher Regelungen bei der Entscheidung im Einzelfall. Sie entlasten die Entscheidungsträger durch ein Reservoir an »routinemäßig anwendbaren Klassifizierungsmustern und Anwendungsregeln«.<sup>61</sup>

Nach all dem stehen Hippokrates, Sokrates und Celsus nicht nur methodengeschichtlich, sondern auch methodologisch in einer Reihe. In methodologischer Reihung erlaubt es das Kriterium der »Kunst«, einen Vergleich zwischen medizinischer Diagnostik, philosophischer Dialogik und juristischer Subsumtionstechnik vorzunehmen und im Hinblick auf das gewählte Vergleichskriterium von den kunst-unabhängigen Unterschieden zwischen Medizin, Philosophie und Jurisprudenz abzuse-

59 »Audiatur et altera pars«: »Uralter Rechtssatz, nicht erst römisch«. So *Liebs*, Rechtsregeln (Fn. 5), S. 37.

60 *Gaius*, Institutionen 1, 7. Nach Digesten 1, 2, 2, 12 ist Dogmatik ungeschriebenes Recht (»sine scripto«) in der Interpretation der Rechtsgelehrten (»prudentium interpretatione«).

61 *Martin Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 40.

hen. Die Reihenzugehörigkeit wird gestiftet durch eine Kunst der Urteilsbildung, die zwischen theoretischer Erkenntnis und praktischer Erfahrung vermittelt. Diese vermittelnde Funktion der Urteilkunst verlangt eine Technik des Diagnostizierens, Philosophierens und Subsumierens, die nicht auf lineare Methoden der Deduktion aus Allgemeinbegriffen und der Induktion aus Einzelfällen reduzierbar ist.

Wenn im Verlauf der weiteren Überlegungen von Subsumtionstechnik – ohne Anführungszeichen – die Rede ist, kommt wegen jener Vermittlerfunktion kunstgerechter Urteilsbildung kein Methodenmodell mehr in Frage, das den Dualismus von Allgemeinem und Einzelnem zum wissenschaftstheoretischen Grundprinzip erklärt und die Dichotomie von Sollen und Sein, Wert und Wirklichkeit, Normativität und Faktizität für methodologisch fundamental.<sup>62</sup> In diesem dichotomischen Schema verkümmert die lebendige Alltagswelt juristischer Auseinandersetzungen zur schematisch isolierten Tatsachenfeststellung auf der einen und Rechtsanwendung auf der anderen Seite.<sup>63</sup> Der in einem Rechtsstreit entscheidungserhebliche Sachverhalt ist aber kein *factum brutum*, das in seiner plumpen Faktizität unabhängig von normativen Meinungen über die rechtliche Relevanz der vorgetragenen Tatsachen beurteilt werden könnte.

Wenn Sein und Sollen zwar unterschieden, jedoch nicht dichotomisch getrennt oder kontradiktorisch gespalten werden, lassen sich, ohne »naturalistische Fehlschlüsse« befürchten zu müssen, juristische Urteile über die tatsächliche Bedeutung von Normen und die normative

62 Zu den Stichwörtern Dichotomie und Dualismus statt aller *Mittelstraß*, Enzyklopädie (Fn. 11), Bd. 1, S. 472 f. und S. 503 f.: Erklärung der Welt aus zwei Prinzipien, die dichotomisch strukturiert sind, wenn sie im kontradiktorischen Gegensatz zueinander stehen. Klassiker der Dichotomie von Sein und Sollen: *David Hume*, Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand, 2007, S. 45 (»Matters of Fact« und »Relations of Ideas«) und *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1787, B 575 f. (Natur- und Vernunftnotwendigkeit). Der hier erhobene Einwand bezieht sich nicht auf die bei Hume und Kant systembedingte Dichotomie, sondern auf die exklusive Kompetenz der formalen Logik für die Konstruktion der kontradiktorischen Spaltung.

63 Nach *Martin Morlok*, Methodenlehre, juristisch, in: Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe 2006, Sp. 1532, geht es im »Kern des Rechtsanwendungsprozesses« darum, den »Hiatus zwischen Norm und Einzelfall möglichst überzeugend zu überbrücken«, und zwar durch »kunstgerechte Arbeit« an dieser Überbrückung. Der vorliegende Beitrag nimmt jene »kunst«-gerechte Arbeit methodologisch beim Wort.

Bedeutung von Tatsachen bilden und begründen.<sup>64</sup> Solche Urteilsbildung und -begründung findet in der Jurisprudenz seit je auf dialogische Weise statt: in streitiger Auseinandersetzung, in der alle am Rechtsstreit Beteiligten ihre Ansprüche mit handfesten, im juristischen Alltag geradezu mit Händen zu greifenden Erfolgsinteressen verbinden. Eine Theorie der Subsumtion, die von diesen Interessen absähe und sich am Ideal eines nach allgemeinen Vernunftregeln geführten Diskurses orientierte – wie Robert Alexys »Theorie der juristischen Argumentation«<sup>65</sup> – könnte jedenfalls nicht als Theorie juristischer Argumentationspraxis gelten. Die hier in ihren Basisbegriffen vorzustellende Konzeption möchte aber eine rechtsphilosophische Theorie der Jurisprudenz und in ihrer Konzentration auf die Technik der Subsumtion eine Theorie der Praxis sein.<sup>66</sup>

64 Ganz in diesem Sinne *Ulfrid Neumann*, Bedingungen der Validität des naturalistischen »Fehl«-Schlusses, in: Festschrift für Hubert Rottleuthner, hrsg. von *Matthias Mahlmann*, 2011, S. 62 ff.

65 *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. 1996. Ausführliche Auseinandersetzung mit Alexys Theoriekonzeption bei *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15), S. 127 ff.

66 Das Grundanliegen einer »Philosophie der Rechtspraxis« kam schon im Untertitel von *Gröschner*, Jurisprudenz (Fn. 26) zum Ausdruck. Die »philosophische(n), dogmatische(n) und methodologische(n) Grundlagenarbeiten 1982 – 2012« im Untertitel der Schriftensammlung *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15) verweisen auf inzwischen über dreißig Jahre, in denen das Anliegen weiterverfolgt wurde. »Subsumtion« (Titel) als »Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre« (Untertitel) ist Gegenstand eines mit *Gottfried Gabriel* herausgegebenen Sammelbandes (*Gabriel/Gröschner*, Subsumtion, 2012). Die »Basisbegriffe«, die im 3. Teil des vorliegenden Beitrags vorzustellen sind, werden dort aus der Perspektive unterschiedlicher methodologischer Ansätze diskutiert, bei *Rolf Gröschner* unter der Überschrift »Logik und Dialogik der Subsumtion«, S. 421 ff. Übernommene Formulierungen stellen keine »blinden« Übernahmen dar, sondern den sachlich und sprachlich überprüften Stand der derzeitigen Überlegungen.

### III. Basisbegriffe einer rechtsphilosophischen Theorie der Subsumtion

#### 1. Syllogismus und Enthymem

##### a) Wahrheitserhaltendes Schließen im »modus barbara«

»Barbara«, der scholastische Name für die erste Figur, die Aristoteles bei der Definition von »syllogismos« einführt, bezeichnet mit den drei »a« als Abkürzung für »affirmo« allgemein bejahende Aussagen in der Reihenfolge der Sätze, aus denen der Drei-Satz-Schluß eines Syllogismus besteht: Obersatz (obere Prämisse), Untersatz (untere Prämisse) und Schlußsatz (Konklusion) oder lateinisch: *praemissa maior*, *praemissa minor* und *conclusio*.<sup>67</sup> Im vierten Kapitel der Ersten Analytiken heißt es dazu:<sup>68</sup>

Wenn sich nun drei Termini so zueinander verhalten, daß der letzte im mittleren als einem Ganzen (enthalten) ist und der mittlere im ersten als einem Ganzen [...], kommt notwendig ein vollkommener Syllogismus hinsichtlich der Außentermini zustande.<sup>69</sup>

Eingängiger und wohl auch deshalb bekannter ist das Anwendungsbeispiel, das im folgenden Satz gegeben wird:

[W]enn das A von jedem B und das B von jedem C (ausgesagt wird), so wird notwendig auch das A von jedem C ausgesagt.<sup>70</sup>

67 Zu den syllogistischen Urteilsformen bei Aristoteles und in der mittelalterlichen Logik das Stichwort Syllogismus im Historischen Wörterbuch der Philosophie, Bd. 10, 1998, Sp. 687 ff.

68 Der Plural *Analytika* stammt von Aristoteles selbst, die Einteilung in Erste und Zweite Analytiken (*Analytica Priora* und *Posteriora*) aus späterer Zeit: *Aristoteles*, *Analytica Priora*. Buch I, übersetzt und erläutert von Theodor Ebert und Ulrich Nortmann, 2007, S. 97.

69 *Aristoteles*, *Analytika Priora* I 4, 25 b 32 (Fn. 68), S. 19. Die runden Klammern sind Einfügungen der Übersetzer, durch die der teils rudimentäre Aristoteles-Text leichter lesbar wird. Die eckigen Klammern betreffen die Auslassung der Verneinung (»neg«) und damit den *modus clarent*, auf den es wegen der Konzentration auf den *modus barbara* des Justizsyllogismus nicht ankommt.

70 *Aristoteles*, *Analytika Priora* I 4, 25 b 36.



Obwohl die formale Logik dieses Schlusses nicht von materialen Einsetzungen für A, B und C abhängt, verdeutlichen sie doch die Funktionsweise von »Barbara«: Wenn das Sterblichsein (A) von jedem Menschen (B) und das Menschsein (B) von jedem Athener (C) ausgesagt wird, wird notwendig auch das Sterblichsein (A) von jedem Athener (C) ausgesagt. Deutlich wird durch die Einsetzungen vor allem die Bedeutung des Enthaltenseins in einem Ganzen.<sup>71</sup>

Weil das Ganze des Sterblichseins (A) das Menschsein (B) enthält und das Ganze des Menschseins (B) das Athenерsein (C), hat man es in der Sprache der Geometrie mit drei konzentrischen Kreisen zu tun: Im Kreis mit dem größten Radius (A) liegen sowohl der mittlere (B) als auch der kleinste Kreis (C), der seinerseits im mittleren liegt. Schlüssig ist der Syllogismus demnach allein wegen des Einschlusses des jeweils kleineren Kreises. Das heißt: Heraus-geschlossen werden kann aus den beiden Vordersätzen nur, was immer schon in sie eingeschlossen war.<sup>72</sup> Pointiert: »Konklusion folgt aus Inklusion.«<sup>73</sup>

Aus solchen Inklusionsverhältnissen erklärt sich die – triviale – Tatsache, daß Syllogismen tautologisch sind, also nichts Neues erschließen. Für den Syllogismus der ersten Figur hat Aristoteles nur Aussagen mit

71 Das Ganze (*holon*) bedeutet nach *Horn/Rapp* (Fn. 42), S. 191 »die Totalität, die keins ihrer Teile [...] außer sich hat und sie zur Einheit zusammenschließt«.

72 *Ebert/Nortmann* (Fn. 68), S. 293 erklären dies formallogisch zwingend mit der spezifischen Stellung des Mittelbegriffs im *modus barbara*: M ist im Obersatz Subjektterminus und im Untersatz Prädikatterminus, in der Symbolsprache der Logik (mit »a« für »affirmo«): MaP, SaM, also SaP. Jedem Individuum aus dem Umfang des Subjektterminus des Untersatzes (Athener) kommt der Prädikatterminus dieser Prämisse (Menschen) zu. Weil der Prädikatterminus des Untersatzes aber zugleich der Subjektterminus des Obersatzes ist, kommt diesem Individuum der Prädikatterminus des Obersatzes (Sterbliche) ebenfalls zu: »Aristoteles hat also offenbar eine Art »Prädikatenstafette« über einem Individuum vor Augen.« Das Individuum selbst tritt in der ersten Figur des aristotelischen syllogismos nicht auf – anders als »Sokrates« im mittelalterlichen Syllogismus –, weil es als beliebiges Individuum einer Klasse (der Menschen und der Athenер) durch diese Klassenzugehörigkeit und nicht durch eine individuelle, mit dem Namen einer Person verbundene Eigenschaft bestimmt wird. Diskussion des philosophischen Problems bei *Wolfgang Detel*, *Aristoteles, Analytica Posteriora*, I. Halbbd. 1993, S. 169 ff.

73 Selbstzitat aus *Rolf Gröschner*, *Jurisprudenz und Enthymem – eine leidenschaftliche Liaison*, in: *Das Enthymem, Sonderheft Rechtsrhetorik der Rechtstheorie*, hrsg. von *Katharina von Schlieffen*, 2011, S. 519.

metaphysisch bestimmtem Wahrheitsgehalt zugelassen, das heißt Aussagen über das Seiende als solches und die ihm substanzontologisch zukommenden Bestimmungen seiner Essenz oder seines Wesens nach dem Muster »Alle Menschen sind Sterbliche« und »Alle Athener sind Menschen«. <sup>74</sup> Günther Patzig schreibt dazu in seinem Standardwerk über »Die Aristotelische Syllogistik«:

Was die erste Figur in der Tat auszeichnet, ist, daß nur Syllogismen dieser Figur [...] Wesenserkenntnis vermitteln können. <sup>75</sup>

In der ersten, Wesenserkenntnis vermittelnden Figur des *modus barbara* ist die aristotelische Syllogistik eine Logik der Wahrheitserhaltung oder eine formale Lehre vom wahrheitserhaltenden Schließen. <sup>76</sup> Als solche steht und fällt sie mit der Wahrheit ihrer Prämissen.

Während dies im Modell des Justizsyllogismus schlicht ignoriert wird, ist aus philosophischer Perspektive die klare Konsequenz gezogen worden, »daß eine Syllogistik in aristotelischer Tradition, die eine lange Geschichte in der juristischen Methodik hat, im Kern ungeeignet für die ihr hier zugedachte Aufgabe ist«. <sup>77</sup> Denn:

Syllogismen im *modus barbara* sind Folgerungsschemata, die für allquantifizierte, erfüllte, wahre Aussagen als Prämissen formuliert sind, zum Beispiel »Alle Menschen sind Sterbliche«. Dabei werden gültige Subordinationsverhältnisse zwischen den Begriffen vorausgesetzt. In der juristischen Methodik besteht die Rechtfertigungsaufgabe aber gerade darin, die Unterordnung des Falles unter die Rechtsnorm zu begründen, logisch gesprochen also nachzuweisen, daß ein Subordinationsverhältnis vorliegt.

74 *Aristoteles*, Metaphysik III 1, 1003 a 21: Metaphysik als »Wissenschaft, die das Seiende als solches betrachtet und die ihm an sich zukommenden Bestimmungen« in der Übersetzung von *Paul Gohlke*, Die Lehrschriften, Metaphysik, 1951, S. 107.

75 *Günther Patzig*, Die Aristotelische Syllogistik, 1969, S. 89 (Kursivierung im Original). Zum metaphysischen Untersuchungsgegenstand der Substanz, der Essenz oder des Wesens das Stichwort »ousia« bei *Horn/Rapp* (Fn. 42), S. 320 ff. Die aristotelische Metaphysik als »Substanzontologie« zu bezeichnen, ist demnach keine Polemik, sondern eine philosophische Auszeichnung.

76 So in präziser Diktion *Jochen Bung*, Subsumtion und Interpretation, 2004, S. 9 (»Logik der Wahrheitserhaltung«) und 24, 29 (»wahrheitserhaltendes Schließen«).

77 *Temilo van Zantwijk*, Subsumtion in aristotelischer Tradition, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 26. Dort auch das folgende Zitat.

Dieser Sprachgebrauch der Logik mit seiner präzisen Differenzierung zwischen der »Subordination« von *Begriffen* unter Begriffe und der »Subsumtion« von *Gegenständen* unter Begriffe<sup>78</sup> hätte die Juristische Methodenlehre vor der undifferenzierten Übernahme eines »im Kern ungeeigneten« syllogistischen Subsumtionsmodells bewahren können. In seinen »Logischen Studien zur Gesetzesanwendung« hat Karl Engisch – genau genommen gegen die vielzitierte Metapher vom »Hin- und Herwandern des Blickes« zwischen Gesetzesbegriff und Lebenssachverhalt<sup>79</sup> – aber leider auf die betreffende Differenzierung verzichtet. Wegen der weitreichenden Wirkung wird dieser Verzicht eingehend zu erläutern sein. Vorher sei mit van Zantwijk folgendes festgehalten:

Die Subordination ist eine Analyse eines Begriffs durch eine Menge in ihm enthaltener höherer Prädikate. Eine solche Analyse ist nichts anderes als die teilweise oder zureichende Bestimmung des Begriffs, den ein Prädikat bedeutet. [...] Grenzt also eine Definition einen Begriff genau ab, so legt die Subordination die Regeln fest, nach denen Gegenstände unter den definierten Begriff subsumiert werden dürfen: Die Subsumtion hängt von der Subordination ab.<sup>80</sup>

Nach allem bisher Gesagten dürfte klar sein, wie diese Regeln der Subordination in hippokratischer Medizin, sokratischer Philosophie und römischer Jurisprudenz festgelegt wurden: dogmatisch. Die Regelung der Subordination unter die Begriffe der betreffenden Dogmatik ist aber kategorial anders geartet als die axiomatische Festlegung von Prämissen in der Mathematik oder die apodiktische Bestimmung ontologischer Substanzen in der Metaphysik. Über die Winkelsumme im Dreieck wurde bei Aristoteles ebensowenig gestritten wie über das Sterblichsein der Menschen. Im kontradiktorischen Gegensatz hierzu erfolgte die Auseinandersetzung über allgemein anzuerkennende Lehren der Epilepsie bei Hippokrates genauso dialogisch wie das Streitgespräch über den Logos der Tapferkeit bei Sokrates und die Antwort anlässlich eines kon-

78 Prominent vertreten von *Gottlob Frege*, Über Begriff und Gegenstand, in: Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 16, 1892, S. 192 ff., leicht zugänglich in der bekannten Edition von *Günther Patzig*, Funktion, Begriff, Bedeutung, 2008, insbes. S. 48 f. Eingehende Diskussion bei *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15), S. 377 ff.

79 *Karl Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 15.

80 Zantwijk, Subsumtion (Fn. 77), S. 35 f.

kreten Rechtsstreits bei den Respondierjuristen in Rom. Dogmatiker waren und sind notwendig Dialogiker.

Warum die Dialogik der Dogmatiker in einem kontradiktorischen Gegensatz zur Logik des *modus barbara* steht, wird bei näherer Betrachtung der bereits erwähnten »Logischen Studien« deutlich. Weil Engisch mit den Schriften der Logiker seiner Zeit vertraut war, hat er das hier zu erörternde Problem durchaus gesehen und zunächst auch in aller Deutlichkeit angesprochen.<sup>81</sup> Er verweist auf die »Übung der Logistiker, einen scharfen logischen Unterschied zu machen« zwischen der Zuordnung eines Individuums zu einem Begriff und der Unterordnung eines Begriffs unter einen anderen Begriff.<sup>82</sup> Sehr zum Nachteil seiner eigenen Begriffs- und Systembildung verzichtet er dann aber auf eben jene scharfe logische Unterscheidung:

Nun wollen wir gewiß diesen Unterschied nicht verwischen, brauchen uns andererseits aber auch nicht terminologische Vorschriften machen zu lassen. Weitverbreitet ist in der Logik der Brauch, in beiden eben unterschiedenen Fällen von »Subsumtion« zu sprechen, und deshalb ist es keine Willkür, wenn auch wir die Unterordnung eines einzelnen Falles unter die »Tatbestandsmerkmale des Gesetzes« [...] als »Subsumtion« bezeichnen. In der Rechtswissenschaft ist jedenfalls dieser Sprachgebrauch durchaus eingebürgert.<sup>83</sup>

Terminologische Selbständigkeit einer selbstbewußten Wissenschaftsdisziplin ist nur solange von Vorteil, als sie nicht zu Lasten sachlicher Differenzierungen geht. Mit der Übernahme des »eingebürgerten« juristischen Sprachgebrauchs und der Verwendung ein und desselben *terminus technicus* für zwei logisch scharf zu unterscheidende Varianten von »Subsumtion« wird der Unterschied aber entgegen der erklärten

81 *Engisch*, Studien (Fn. 79), S. 22.

82 *Engisch*, Studien (Fn. 79), S. 23. Die wörtliche Wiedergabe würde wegen der anderen Verwendung von »Subsumtion« (S. 23) und »Subordination« (S. 24 mit Fn. 1) unnötige sprachliche Verwirrung stiften, ohne für sachliche Klärung sorgen zu können.

83 *Engisch*, Studien (Fn. 79), S. 23. Der »weitverbreitete« Sprachgebrauch der Logiker wird auf zwei Beispiele beschränkt und nur beispielhaft belegt. Das prominente Gegenbeispiel Freges (oben, Fn. 78) fehlt.

Absicht dann doch verwischt.<sup>84</sup> Deshalb wird die von Engisch »eigenwillig« genannte Unterscheidung zwischen der *Subsumtion* von Gegenständen und der *Subordination* von Begriffen jeweils unter Begriffe dem »eingebürgerten« juristischen Sprachgebrauch vorgezogen. Das methodologische Selbstbewußtsein der Jurisprudenz kann in Fragen der Logik von der Übernahme einer logischen und heute auch sprachphilosophischen Grundunterscheidung nur profitieren.<sup>85</sup>

Um in der Frage nach dem Verhältnis von »Gegenständen« zu »Begriffen« nicht unversehens in den Sog des Universalienstreits zwischen (theologischer) *Skylla* und (philosophischer) *Charybdis* (oder umgekehrt) zu geraten, wird hier – ohne weiteres – Position im Sinne eines juristischen Nominalismus bezogen: In der Jurisprudenz sind Begriffe, unter die »Fälle« genannte Phänomene subsumiert werden, keine *universalia*, die *ante res* (vor den Sachen sogenannter Sachverhalte) oder *in rebus* (in solchen Sachverhalten) existieren.<sup>86</sup> Vielmehr sind sie nomina zur fachsprachlichen Benennung lebensweltlicher Verhältnisse, die durch ihre Umstrittenheit zu »Streitsachen« werden. Nicht ihr gegenständliches Dasein wird bestritten, sondern ihr juristisches Sosein: »Die Sache verhält sich nicht so, sondern anders« ist die idealtypische Aussage über eine »Sache« als »Streitsache«.

84 Mit der in einer Fußnote enthaltenen Bemerkung, »Subsumtion (des konkreten Sachverhalts) unter das Gesetz« sei ein »Bequemlichkeitsausdruck«, um nicht »noch genauer« sein zu müssen (S. 19, Fn. 1), gesteht Engisch dies ebenso zu wie mit dem Hinweis auf »manche Logiker«, die »zwischen Subsumtion und Subordination einen eigenwilligen Unterschied machen« (S. 24, Fn. 1).

85 Zur Variationsbreite dessen, was in der gerichtlichen Praxis als »Subsumtion« bezeichnet wird, *Katharina von Schlieffen*, Subsumtion als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 379 ff.

86 Die aristotelische Substanzontologie (oben, Fn. 74) beansprucht, ihre Allgemeinbegriffe (wie Sterblichkeit) aus dem Seienden selbst zu bestimmen, also *in rebus* zu finden, nicht wie die platonische Ideenphilosophie (der mittleren und späten Dialoge) *ante res*. Die Philosophie des Sokrates der frühen Dialoge (oben, ab Fn. 31) erhebt weder den einen noch den anderen Anspruch. In ihrer dialogischen Suche nach dem lebensweltlichen *logos* des jeweiligen Gesprächsgegenstands könnte man sie in einem vormodernen Sinne als Sprachspiel (unten, Fn. 214) bezeichnen. Das Todesurteil gegen Sokrates beweist den Ernst dieses »Spiels«.

Der bereits bekannte etymologische Befund dazu – »sakan«, das alte Verbum für »streiten«, ist die Wortwurzel der »Sache«<sup>87</sup> – kann sprachphilosophisch bekräftigt werden: »Gegenstände«, die nicht im Streit zur Sprache gebracht und nicht im verfahrensrechtlichen Sinne zum Streitgegenstand werden, sind für das Recht ohne Bedeutung. Ob mündlich oder schriftlich verhandelt wird: Um rechtlich beurteilt werden zu können, müssen umstrittene Sachverhalte buchstäblich »be-sprochen« werden, und zwar nicht nur in der »Recht-sprechung«, sondern auch in allen anderen streitigen Verfahren. Die Sätze, die dabei gesprochen werden, haben nicht den Sinn substanzontologisch wahrer Aussagen und die erhobenen Ansprüche sind als Rechtsansprüche keine Wahrheitsansprüche.

Mit Blick auf die Gründe gerichtlicher Entscheidungen sollte selbst die Tatsachenfeststellung im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung nicht unreflektiert als Beantwortung der Wahrheitsfrage bezeichnet werden. Ob Richter einem Zeugen glauben, einem Sachverständigen vertrauen, dem eigenen Augenschein folgen oder eine Urkunde für echt halten, ist »eine Frage der richtigen Überzeugungsbildung«.<sup>88</sup> Für solche Überzeugungsbildung im nicht-dichotomischen Kern der gesamten juristischen Urteilsbildung zieht Aristoteles nicht etwa den ersten Modus seiner Syllogistik heran, sondern eine Figur seiner Rhetorik, die vor gut zehn Jahren neu entdeckt und aus ihrem Schattendasein als unvollständiger Syllogismus befreit wurde: die Figur des Enthymems.<sup>89</sup>

87 Oben, Fn. 37 und *Friedrich Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 21. Aufl. 1975, S. 618.

88 BVerwGE 84, 271 (273).

89 *Christof Rapp*, Aristoteles zur Einführung, 3. Aufl. 2007, S. 118, erläutert »Enthymem« sehr schön: »Der Ausdruck geht auf das Verb »enthymeisthai« zurück, was so viel heißt wie »berücksichtigen«, »erwägen«, »bedenken«, »ersinnen«. Entsprechend meint der Ausdruck »enthymema« zunächst »Ausgedachtes«, »Gedanke«, »Einfall«.« Juristen wissen, daß sie sich »etwas einfallen lassen« müssen, um in streitigen Auseinandersetzungen zu überzeugen.

b) *Plausibles Argumentieren mit »endoxa«*

Spätestens seit der Hagener Tagung über »Das Enthymem« und ihrer Publikation in der »Rechtstheorie«<sup>90</sup> sollte auch die Juristische Methodenlehre auf die Verwendung veralteter Wörterbücher zu diesem Basisbegriff der aristotelischen Rhetorik verzichten.<sup>91</sup> Christof Rapp schreibt dazu in seiner 2002 erschienenen Übersetzung und Kommentierung des Werkes:

Die Ausgangslage für die Auseinandersetzung der modernen Forschung mit dem Enthymembegriff bildet die überlieferte Syllogismus-truncatus-Lehre, nach der das Enthymem als ein Syllogismus definiert wird, dem eine Proposition, in der Regel eine Prämisse, fehlt. Im 20. Jahrhundert wächst die Unzufriedenheit mit dieser Lehre, vor allem unter solchen Freunden der Rhetorik, die sich unter einer Enthymemtheorie etwas weniger Geistloses versprechen.<sup>92</sup>

Wie Rapp mit philologischer Akribie und philosophischer Präzision im einzelnen darlegt, beruht die lexikalisch allgegenwärtige Tradition des *syllogismus truncatus*, *abbreviatus* oder *imperfectus* auf einer Fälschung.<sup>93</sup> Darüber hinaus verfehlt die Qualifizierung als verstümmelter, verkürzter oder unvollständiger Syllogismus die Eigenständigkeit des Enthymems als wichtigste Argumentationsform der Gerichtsrede. Das aristotelische Original lautet in Rapps Übersetzung:

Die Beispiele aber sind am besten geeignet für die Beratungsreden; denn wir urteilen über künftige Dinge, indem wir dies aufgrund vergangener Dinge vorhersagen. Die Enthymeme aber sind am besten geeignet für die Gerichtsreden.<sup>94</sup>

90 Katharina von Schlieffen (Hrsg.), Das Enthymem, Sonderheft Rechtsrhetorik der Rechtstheorie, 2011, S. 377 – 619.

91 Komprimierte Begründung bei Christof Rapp, Aristotelische Grundbegriffe in der Theorie der juristischen Argumentation, in: von Schlieffen, Enthymem (Fn. 90), S. 383 ff.

92 Aristoteles, Rhetorik, übersetzt und erläutert von Christof Rapp, in: Werke in deutscher Übersetzung, Bd. 4, 2. Halbbd. 2002, S. 323.

93 Aristoteles, Rhetorik, übersetzt und erläutert von Christof Rapp, in: Werke in deutscher Übersetzung, Bd. 4, 1. Halbbd. 2002, S. 360; Rapp, Rhetorik (Fn. 92), S. 187 ff.: »Die Syllogismus-truncatus-Lehre – ein Nachruf«.

94 Aristoteles, Rhetorik (Fn. 93), S. 50.

In systematischer Rekonstruktion der aristotelischen Philosophie ist das Enthymem keine logische Deduktion wie der Syllogismus, sondern eine »rhetorische Deduktion«.<sup>95</sup> Da das syllogistisch-deduktive Argumentationsmodell der Logik in der Rhetorik – zumal vor Gericht – nicht ausreicht, werden zusätzlich solche Deduktionen zugelassen, »die zwar keine notwendigen Schlüsse enthalten, aber durchaus richtige oder gültige Argumente darstellen.«<sup>96</sup>

Anders als bei logischen Deduktionen in der Figur des *modus barbara* werden bei rhetorischen Deduktionen keine wahrheitserhaltenden Schlüsse aus wahren Prämissen gezogen, sondern gute Gründe auf anerkannte Meinungen (*endoxa*) gestützt. Darunter versteht Aristoteles Meinungen,

die entweder von allen oder den meisten oder den Weisen und von diesen entweder von allen oder den meisten oder den bekanntesten und anerkanntesten für richtig gehalten werden.<sup>97</sup>

Die methodologisch entscheidende Differenz zwischen syllogistischen Schlüssen und enthymematischen Argumentationen besteht demnach *nicht* in der – gleichermaßen deduktiven – Folgerungsweise, sondern in den Prämissen. Aristoteles läßt hier nichts im unklaren:

[...] wir sind nämlich dann am meisten überzeugt, wenn wir annehmen, daß etwas bewiesen wurde –, weil aber der rhetorische Beweis ein Enthymem ist, und dies ist, um es geradeheraus zu sagen, das wichtigste der Überzeugungsmittel, das Enthymem aber eine Art von Deduktion ist [...], die] Unterschiede zu den Deduktionen der Logik aufweist; das Wahre und das dem Wahren Ähnliche zu sehen ist nämlich Sache ein und derselben Fähigkeit [...]; die anerkannten Meinungen [*endoxa*] zu treffen ist daher die Begabung von einem, der in ähnlicher Weise dazu befähigt ist, die Wahrheit zu treffen [...] und daß [...] die Rhetoriklehrer] eher dem Reden vor Gericht zugeneigt sind, ist somit klar.<sup>98</sup>

95 Rapp, Aristoteles (Fn. 92), S. 157; Rapp, Aristoteles (Fn. 93), S. 454 (Glossar); Rapp, Einführung (Fn. 89), S. 119: »das Enthymem ist für Aristoteles einfach ein deduktives Argument im rhetorischen Gebrauch«.

96 Rapp, Aristoteles (Fn. 93), S. 361.

97 Aristoteles, Topik I 1, 100 b 21 – 23, Übersetzung bei Rapp, Aristoteles (Fn. 93), S. 257.

98 Aristoteles, Rhetorik I 1, 1355 b 6 – 21, Rapp, Aristoteles (Fn. 93), S. 21.



Solche Klarheit in der Zuordnung der Jurisprudenz zur Rhetorik wünschte man sich heute auch außerhalb der Rhetorischen Rechtstheorie. Verteidiger des Justizsyllogismus müssen sich jedenfalls fragen lassen, warum sie mit dem ersten Modus der aristotelischen Syllogistik ein logisches Schema befürworten, das dessen Erfinder für die Gerichtsrede verworfen und ausdrücklich durch die rhetorische Figur des Enthymems ersetzt hat. Die Juristische Methodenlehre geriert sich insoweit »logischer« als der Altmeister der Logik selbst. Besser wäre es, zur Kenntnis zu nehmen, was die heutige Rhetorikforschung zur Gerichtsrede als der »paradigmatische(n) Redeform« bei Aristoteles zu sagen hat:

In den Kapiteln I 10 – 14 [der Rhetorik] beispielsweise setzt er sich ausführlich mit der Frage auseinander, was Unrecht sei und in welchem Zustand und um welcher Dinge willen jemand Unrecht tut. Immer wieder greift er dabei Fragen auf, die die Beschreibung und Klassifikation eines Tatbestands betreffen: Die Parteien seien sich häufig einig darüber, daß etwas geschehen sei, stritten aber darüber, ob es ein Unrecht war oder nicht (I 13, 1373 b 38 – 1374 a 9).<sup>99</sup>

Gegenüber der wohlüberlegt »naiv« genannten »Subsumtionsideologie« des Justizsyllogismus<sup>100</sup> ist mit Aristoteles darauf zu bestehen, daß der Streit um Recht oder Unrecht nicht mit Konklusionen aus wahren Prämissen geführt wird, sondern mit Argumenten, die sich auf anerkannte Meinungen (*endoxa*) stützen. Deren klassische Bestimmung in der aristotelischen Topik kann ohne weiteres in die Gegenwart einer dezidiert rhetorischen Subsumtionstheorie verlängert werden: Allgemeine Auffassung, herrschende Lehre, ständige Rechtsprechung, ein höchstrichterliches Urteil, die begriffsprägende Monographie oder namhafte Kollegen der Zunft sind nun einmal die Autoritäten, auf die man sich zur Begründung einer juristischen Entscheidung beruft – insbesondere, wenn es um die Subsumtion unter einen Gesetzesbegriff geht, der von der Gegenseite eines Rechtsstreits unter Berufung auf eine »andere

99 *Rapp*, Grundbegriffe (Fn. 91), S. 414. An der angeführten Stelle finden sich Beispiele für das, was man heute Subsumtion unter Straftatbestände nennt: »genommen«, aber nicht »gestohlen«, »geschlagen«, aber nicht »mißhandelt« oder »gestohlen«, aber nicht »Tempelraub« begangen zu haben: *Rapp*, Aristoteles (Fn. 93), S. 63.

100 *Winfried Hassemer*, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann*, Einführung (Fn. 8), S. 252.

Ansicht« unterschiedlich ausgelegt wird. Sich gegen diese Auslegung eine Argumentationsstrategie einfallen zu lassen, die aus dogmatischen Gründen überzeugt, ist die juristensprachliche Umschreibung der aristotelischen Philosophie des Enthymems.<sup>101</sup>

Die Domäne des Enthymems ist die Rhetorik, nicht die Logik. Letztere behandelt Aristoteles unter dem bezeichnenden Titel »Analytika«. <sup>102</sup> »Analysiert« oder aufgelöst werden dort Schlußsätze, die nur deshalb auf Vordersätze zurückführbar sind, weil sie in ihnen – mit Bedacht wiederholt – als einem Ganzen (*holon*) enthalten sind. Diese Inklusion in eine Klasse begrifflich eindeutig bestimmter Kandidaten ist Bedingung der Möglichkeit einer syllogistischen Konklusion, im Falle der ersten Figur eines wahrheitserhaltenden Schlusses. Die Prämissen juristischer Urteile sind ohne jede Ausnahme von anderer Art, weil es unmöglich ist, die Menge der Kandidaten, die einem Rechtssatz unterfallen, für alle Zukunft abschließend festzulegen. Das unterscheidet die offene Welt der juristisch relevanten Fälle vom geschlossenen Kosmos der aristotelischen Metaphysik.<sup>103</sup>

Sind die Prämissen eines syllogistischen Schlusses wahre und erste Sätze, nennt Aristoteles den betreffenden Syllogismus apodiktisch; handelt es sich dagegen um anerkannte Meinungen, spricht er von dialektischer Argumentation.<sup>104</sup> Apodiktische Schlüsse kennzeichnen die Disziplin der Logik, dialektische Argumente die Disziplin der Rhetorik und ein entsprechend »diszipliniertes« Denken und Reden. Obwohl Aristoteles bei seiner »Erfindung« der Syllogistik zunächst durchaus die phi-

101 Jan Schapp, Das Enthymem in der juristischen Methodenlehre, in: Rechtstheorie 2011 (Fn. 90), spricht sehr stimmig vom »Bedenkenswerten in Geschichten«: S. 542 ff.

102 Er erklärt sich am besten mit dem Verbum *analein* (auflösen). Dazu heißt es bei Horn/Rapp, Wörterbuch (Fn. 42), S. 38: »analein« ist »seit Aristoteles eine wichtige philosophische Methode, etwas Gegebenes auf Elementareres, schon Erwiesenes begrifflich zurückzuführen« – im syllogistischen Schulbeispiel die Sterblichkeit der Athener auf ihr Menschsein.

103 Katharina Sobota, Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen, 1990, S. 123: »Klassische Logik ist Ontologik«, ruhend in der »Einheit eines vielgegliederten Kosmos, in dem alles irgendwo seinen Platz hat, miteinander harmoniert und nichts aus Zufall geschieht« (S. 126).

104 Horn/Rapp, Wörterbuch (Fn. 42), S. 51 f.

losophische Rede und Gegenrede vor Augen hatte und nicht primär »die abstrakten Formen der syllogistischen Figuren«<sup>105</sup>, kann man den Unterschied zwischen einer logischen Deduktion aus ontologisch wahren Prämissen und einer rhetorischen Argumentation mit anerkannten Meinungen – also den Unterschied zwischen Syllogismus und Enthymem – als Differenz zwischen monologischen und dialogischen Begründungen bezeichnen.

Wer apodiktisch oder monologisch aus wahren Prämissen schließt, braucht für deren Wahrheitsgehalt keine Zustimmung: Der Mensch »ist« (ontologisch) sterblich und die Winkelsumme im Dreieck »ist« (axiomatisch) 180 Grad. Wer sich dagegen auf eine Meinung als »anerkannte« Meinung beruft – also auf ein *dogma* im oben dargelegten Sinne – muß immer oder präziser: prinzipiell mit Widerspruch rechnen. »Prinzipiell« wird dabei in der Bedeutung des lateinischen *principium* (Anfang, Ursprung oder Grund) gebraucht und auf ein fundamentales Prinzip praktizierter Jurisprudenz bezogen: auf den Streit um das Recht, den man mit einer augenzwinkernden Anspielung auf Heraklit den Vater aller juristischen Dinge nennen könnte.<sup>106</sup> Subsumtionstechnik als Kunst der Subsumtion beherrscht man erst, wenn man im institutionellen Rahmen der Rechtspraxis und/oder der Rechtswissenschaft (beides unter dem Oberbegriff der Jurisprudenz) auf dem Gebiet eines dogmatischen Faches mit plausiblen, für Fachkundige applauswürdigen Argumenten zu streiten gelernt hat.<sup>107</sup> In griechisch-römischer Tradition verlangt dies eine Verbindung forensischer Erfahrung mit rhetorischer

105 Ernst Kapp, Der Ursprung der Logik bei den Griechen, 1965, S. 21.

106 Hermann Diels, Die Fragmente der Vorsokratiker, 3. Aufl. 1922, S. 88 und 94: *polemos* (Krieg) und *eris* (Streit) als Vater aller Dinge. Das Augenzwinkern betrifft Heraklits kosmisches Prinzip einer göttlichen Streitordnung. Für die säkulare Welt des Rechts interpretiert Ernst-Wolfgang Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2002, S. 40 das Prinzip als eine »Art reziproker Gesetzmäßigkeit«.

107 Erst dann trifft die begriffliche Bestimmung zu, die Horn/Rapp, Wörterbuch (Fn. 42) sub verbo *technē* (Kunstfertigkeit, Kompetenz; lat.: *ars*) geben: »eine kognitiv anspruchsvolle, ein ganzes Sachgebiet umfassende Kompetenz, die den, der sie hat, in den Stand versetzt, habituell richtig zu handeln und alle Fälle angemessen zu beurteilen.« Die Größe des beherrschbaren Sachgebietes stimmt mit dem Bereich der Dogmatik überein, aus dem die Kunstregeln zur angemessenen Beurteilung der betreffenden Fälle stammen.

Kunst, nach Kant eine Vermittlung generell zwischen Verstand und Vernunft und speziell zwischen bestimmender und reflektierender Urteilkraft.

## 2. *Verstand und Vernunft*

### a) *Vermittlung zwischen bestimmender und reflektierender Urteilkraft*

»Urteilkraft überhaupt« ist bei Kant »das Vermögen, das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken«. <sup>108</sup> Eine vorschnelle »Anwendung« dieser philosophischen Begriffsbestimmung auf juristische Subsumtionen »besonderer« Fälle unter »allgemeine« Gesetze verbietet sich im vorliegenden Zusammenhang schon aufgrund der Absage an ein dichotomisches Modell von Allgemeinem und Besonderem und im System der kantischen Philosophie zunächst einmal wegen ihrer spezifischen Fragestellung: <sup>109</sup>

Ob nun die *Urteilkraft*, die in der Ordnung unserer Erkenntnisvermögen zwischen dem Verstande und der Vernunft ein Mittelglied ausmacht, auch für sich Prinzipien a priori habe; [...] das ist es, womit sich gegenwärtige Kritik der Urteilkraft beschäftigt. <sup>110</sup>

Diese Beschäftigung mit apriorischen, vor aller Erfahrung gelegenen, transzendentalen oder reinen – von jeder Empirie gereinigten – Prinzipien der Urteilkraft beruht auf einer kategorial anderen Fragestellung als die bisherige Befassung mit den Prinzipien der Praxis und Technik des Subsumierens. Eben deshalb ist darauf zu achten, die erkenntnistheoretisch bestimmten Begriffe Kants nicht unreflektiert für oder gegen einen juristischen Sprachgebrauch in Stellung zu bringen.

Wenn Kant in seiner »Kritik der Urteilkraft« über »Gesetzgebung« schreibt, meint er entweder die »Gesetzgebung des Verstandes« oder die »Gesetzgebung der Vernunft«. Erstere ist Gegenstand der theoretischen

108 *Immanuel Kant*, Kritik der Urteilkraft, Einleitung, B XXV.

109 »Transzendental« – nicht etwa transzendent – nennt Kant die Frage nach der »Erkenntnisart von Gegenständen, so fern diese a priori möglich sein soll«: *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Einleitung, B 25.

110 *Kant*, Urteilkraft (Fn. 108), B V.

Philosophie, letztere der praktischen Philosophie. Die Urteilskraft als »Mittelglied zwischen dem Verstande und der Vernunft« ist in ihrem transzendentalphilosophischen Status daher ein »Verbindungsmittel der zwei Teile der Philosophie zu einem Ganzen«. <sup>111</sup> Bedenkt man weiter, daß die beiden Teile der Dritten Kritik sich mit ästhetischer und teleologischer Urteilskraft beschäftigen – und nicht mit juristischem oder in kantischer Terminologie »juridischem« Entscheidungsvermögen –, sollte man gegen Kurzschlüsse auch und gerade aus Passagen gefeit sein, in denen Kant das Wort »subsumieren« gebraucht: <sup>112</sup>

Ist das Allgemeine (die Regel, das Prinzip, das Gesetz) gegeben, so ist die Urteilskraft, welche das Besondere darunter subsumiert, [...] *bestimmend*. Ist aber nur das Besondere gegeben, wozu sie das Allgemeine finden soll, so ist die Urteilskraft bloß *reflektierend*. <sup>113</sup>

Hier mit der rechtsdogmatisch herrschenden Lehre zwischen »Regeln« als subsumtionsfähigen Normen und »Prinzipien« als Optimierungsboten zu differenzieren <sup>114</sup> oder »Gesetze« auf staatlich gesetztes und garantiertes Recht zu reduzieren, wäre ganz gegen den Geist der »reinen« Rechtsphilosophie Kants gerichtet:

Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat. <sup>115</sup>

Von Kant darf weder eine Lehre des seinerzeit geltenden Rechts noch eine Methodik praktizierter Rechtsanwendung erwartet werden. Vielmehr ist seine transzendentalphilosophische Fragestellung auch auf das Methodenproblem zu beziehen: als Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit apriorischer, aller Erfahrung vorangehender Rechtskenntnis. <sup>116</sup> Auf der Höhe solch anspruchsvoll »reinen« Philosophierens

111 *Kant*, Urteilskraft, (Fn. 108), Einleitung, B XX.

112 In Kants Terminologie muß »die gegebene Anschauung [...] unter einem [sic] Begriff subsumiert werden«: *Immanuel Kant*, Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können, § 20, A 82.

113 *Kant*, Urteilskraft (Fn. 108), Einleitung, B XXVI.

114 Grundlegend: *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte 1986, S. 75 ff.

115 *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § B, AB 32.

116 In Kants Diktion geht »[d]er Zeit nach [...] keine Erkenntnis in uns vor der Erfahrung vorher«, »entspringt« aber »doch nicht eben alle aus der Erfahrung«: *Kant*, Vernunft (Fn. 109), Einleitung, B 1.

sind »Gesetze« solche des reinen Verstandes, »Prinzipien« solche der reinen Vernunft – in der Moralphilosophie vor und über allem das Prinzip der Autonomie.<sup>117</sup> Am Beispiel der gebrauchssprachlich so genannten Naturgesetze, die Kant konsequent als reine Verstandesgesetze bestimmt<sup>118</sup>, wird deutlich, wie die Urteilskraft verfährt, wenn sie ein empirisch vorgefundenes Besonderes unter ein verstandesgesetzlich vorgegebenes Allgemeines subsumiert, etwa einen fallenden Gegenstand unter das Gesetz der Gravitation.

Die allgemeinen Vorgaben des Gravitationsgesetzes sind sowohl mit naturwissenschaftlichem Verstand (physikalisch) als auch mit geisteswissenschaftlichem Verstand (mathematisch) – also im kantischen Sinne insgesamt verstandesgesetzlich – so exakt bestimmt und als internationaler Standard festgelegt, daß subsumtionstechnisch nicht der geringste Beurteilungsspielraum verbleibt: Die Erdanziehung wirkt mit ihrer Gravitationskraft auf einen fallenden Gegenstand derart ein, daß er sich dem Erdmittelpunkt mit gleichbleibender Beschleunigung von 9,80665 Metern pro Sekunde im Quadrat nähert, bis er auf ein Hindernis trifft. Nimmt man im Rückblick auf das Ausgangsbeispiel an, der Gegenstand sei ein aus 10.000 Metern Höhe abstürzendes Flugzeug, läßt sich auf die Sekunde genau berechnen, wie lang der Absturz dauert.<sup>119</sup>

Das Beispiel bestätigt die Ausgangsthese einer unbedingt notwendigen und kategorialen Unterscheidung zwischen *more mathematico* darstellbaren Deduktionen und juristischen Subsumtionen – inzwischen rekonstruiert in der aristotelischen Form rhetorischer Deduktionen. Es eröffnet aber auch einen neuen Zugang zur Philosophie der reflektie-

117 Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, AA IV, 436. Zur gesamten »Grundlegung« lesenswert der soeben erschienene systematische Kommentar von Philipp Richter, 2013: »Das oberste Prinzip der Moralität ist die Autonomie, die sich im kategorischen Imperativ ausdrückt« (S. 158). Zur Fundierung der Rechtsin der Moralphilosophie den Dialog über »Kant und die Pflicht zum Recht« bei Gröschner u. a., Rechts- und Staatsphilosophie (Fn. 23), S. 211 ff.

118 Kant, Urteilskraft (Fn. 108), Einleitung XXIV: »Naturbegriffe a priori, welche eigentlich reine Verstandesbegriffe sind«.

119 Aus Auflösung der Formel »Höhe gleich Hälfte der Gravitation multipliziert mit der Zeit im Quadrat« ergibt sich eine Zeit von 45 Sekunden – unter Vernachlässigung des Luftwiderstands und der Annahme, daß das Flugzeug wie ein Stein vom Himmel fällt.

renden Urteilskraft, die in den von Juristen für Juristen geschriebenen Methodenlehren bisher kein Thema war. Gottfried Gabriel, ausweislich seines bekannten Buches »Logik und Rhetorik der Erkenntnis« sowohl mit den logischen als auch mit den rhetorischen Aspekten der Philosophie bestens vertraut<sup>120</sup>, hat sich dieses Themas mit Blick auf das Modell des Justizsyllogismus angenommen.<sup>121</sup> Im philosophischen Ergebnis lebt die juristische Kunst der Subsumtion weder von der »subsumierenden« noch von der »reflektierenden« Urteilskraft je für sich, sondern vom kunstspezifischen Zusammenhang beider. Kant gebraucht dafür auch das heute in ganz anderen Zusammenhängen verwendete Wort »Witz«:

So wie das Vermögen, zum Allgemeinen (der Regel) das Besondere auszufinden, *Urteilskraft*, so ist dasjenige: zum Besondern das Allgemeine auszudenken, der *Witz* (ingenium).<sup>122</sup>

Der in diesem Zitat als Klammerzusatz zur Bestimmung des Allgemeinen verwendete Ausdruck »Regel« ist weniger eng als die bisher erläuterten Begriffe »Prinzip« und »Gesetz«.<sup>123</sup> Insbesondere folgt der empirische Gebrauch der Urteilskraft nicht nur apriorischen Prinzipien und Gesetzen, sondern selbstverständlich auch Regeln der Erfahrung. Je unbestimmter diese Regeln sind, desto »gewitzter« – nicht etwa »witziger« – muß man im Umgang mit ihnen sein. Gabriel schreibt hierzu:

Trotz der Übereinstimmung in den definierenden Bestimmungen beider Begriffe tendiert Kant letztlich aus systematischen Gründen dazu, »Witz« durch »reflektierende Urteilskraft« zu ersetzen. Diese Tendenz ist dadurch zu erklären, daß er dem Witz mit einem

120 Gottfried Gabriel, *Logik und Rhetorik der Erkenntnis*. Zum Verhältnis von wissenschaftlicher und ästhetischer Weltauffassung, 2. Aufl. 2013.

121 Gottfried Gabriel, *Subsumierende und reflektierende Urteilskraft. Zur Vermittlung zwischen Allgemeinem und Besonderem im Justizsyllogismus*, in: *Gabriel/Gröschner*, *Subsumtion* (Fn. 66), S. 1 – 23.

122 Immanuel Kant, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, § 41, BA 123 (AA § 44).

123 Kant, *Vernunft* (Fn. 109), verwendet den Regelbegriff deshalb auch in der nicht speziell der Urteilskraft gewidmeten Ersten Kritik: »das Vermögen unter Regeln zu subsumieren, d. i. zu unterscheiden, ob etwas unter einer gegebenen Regel [...] stehe oder nicht« (B 171). In diesem weiteren Sinne thematisiert Kant auch die empirische, nicht-transzendente Urteilskraft für ärztliches, richterliches oder staatspolitisches Handeln (B 173).

gewissen logischen Mißtrauen begegnet. [...] Kant ist bemüht, den allzu kühnen und überbordenden Witz unter die Aufsicht der Urteilskraft zu stellen. Reflektierende Urteilskraft ist der durch bestimmende Urteilskraft gezügelte Witz.<sup>124</sup>

Nach lesenswerten Ausführungen zur Bedeutung narrativer Literatur für die Entwicklung des *ingeniums* gewitzter Persönlichkeiten beweist der Philosoph gutes Gespür für das, was Juristen »Judiz« nennen.<sup>125</sup>

Der erfahrene Richter verfährt in seiner Entscheidungsfindung intuitiv, hat aber diese seine Intuition regressiv verfahren zu begründen, das heißt seine reflektierende Urteilskraft zu bemühen, um die auf den Fall »passenden« Gesetzesnormen (Rechtssätze) ausfindig zu machen.<sup>126</sup>

Erst wenn die »passenden« Rechtssätze für die dogmatisch richtige und lebensweltlich gerechte Entscheidung des vorliegenden Falles gefunden sind, gibt es jene allgemeinen »Regeln« (nota bene: des positiven Rechts *und* dessen Dogmatik), unter die der besondere Fall nach Kants Methodenmodell subsumiert werden kann. Um den Dualismus von Allgemeinem und Besonderen nicht in einer Dichotomie von reflektierender und subsumierender Urteilskraft enden zu lassen, greift Gabriel auf das wohl bekannteste Bild der Juristischen Methodenlehre zurück: auf die bereits erwähnte Metapher vom »Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt«.<sup>127</sup> In bemerkenswerter begrifflicher Präzisierung wird aus Engischs Original ein »Wechselspiel zwischen subsumierender und reflektierender Urteilskraft«.<sup>128</sup>

Während der »Blick« je für sich sichtbare Sachverhalte einerseits und isoliert zu betrachtende Sätze andererseits suggeriert (die man immer

124 Gabriel, Urteilskraft (Fn. 121), S. 6, überzeugend belegt mit Zitaten aus §§ 42 und 54 der Anthropologie.

125 Dazu eingehend Gröschner, Dialogik (Fn. 15), S. 143 ff.: Judiz als »Fähigkeit, in einem sowohl reflektiven wie intuitiven Vor-Urteil Entscheidungsgründe zu finden, die der nachfolgende Dialog nicht nur als richtig, sondern auch als gerecht bestätigen wird« (S. 152).

126 Gabriel, Urteilskraft (Fn. 121), S. 12.

127 Oben, Fn. 79.

128 Gabriel, Urteilskraft (Fn. 121), S. 14.



nur getrennt voneinander und nacheinander fokussieren kann)<sup>129</sup>, erlaubt das »Wechselspiel« die Assoziation eines »Sprachspiels« und damit einen philosophischen Vergleich innerhalb des ureigenen Mediums des Rechts und nach Maßgabe dialogischer Rede und Gegenrede.<sup>130</sup> In diesem Vergleich kann das Bild des Blickes durch die beiden präzisen Basisbegriffe der kantischen Kritik der Urteilskraft ersetzt werden. Wer das Bild beibehalten will, weil es dem Laien immerhin eine vage Vorstellung vom methodischen »Hin und Her« zwischen Gesetz und Fall vermittelt, kann es mit Kants Begriffen methodologisch genauer erklären.<sup>131</sup>

Gabriels »Wechselspiel« ermöglicht und erfordert nicht nur die gleichzeitige, sondern auch die gegenseitige Kontrolle der Urteilskräfte bei der gemeinsamen Feststellung dessen, was tatsächlich *und* rechtlich »der Fall ist«. Vor allem aber wird das »Wechselspiel« pointiert auf die beiden »Ansprüche« bezogen, die in jedem Rechtsfall zu berücksichtigen sind: der »Anspruch des besonderen Falles auf gerechte Behandlung« und der »Anspruch des Gesetzes auf allgemeine Geltung«.<sup>132</sup> Vor dem Hintergrund der oben diskutierten *ars boni et aequi* der römischen Jurisprudenz verdient diese Pointe vollste Zustimmung: Beide Ansprüche erlauben keine Beschränkung auf die bestimmende Urteilskraft, weil Fallgerechtigkeit und Gesetzesgeltung nicht auf Regeln reduzierbar

129 Genaugenommen handelt es sich um ein schiefes Bild, weil man einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt auch dann nicht »sehen« kann, wenn man am Ort des damaligen Geschehens einen Augenschein einnimmt. Solange man das Gesehene nicht zur Sprache bringt und kontrovers »bespricht«, bleibt es im betreffenden Rechtsstreit ohne Relevanz. Im übrigen kann man selbstverständlich auch den Sinn von Sätzen nicht »sehen«.

130 Zum »Sprachspiel« in der Spätphilosophie Wittgensteins unten, Fn. 214. Die Grundbegriffe erläutert *Joachim Schulte*, Wittgenstein. Eine Einführung, 1989, S. 130 ff.

131 Die Methodenlehrbücher behandeln die reflektierende Urteilskraft nicht. Auch *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl. 1991) erwähnt sie mit keinem Wort. Seine halbherzige Hinwendung zur Hermeneutik in der 3. Aufl. 1975 – dazu *Gröschner*, Jurisprudenz (Fn. 26), S. 162 ff. – konnte die Ideologisierung Hegels und die Instrumentalisierung einer ganz unhegelischen, gegen den »Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit« (unten, Fn. 145) gerichteten Dialektik für das »völkische Rechtsdenken« nicht kompensieren.

132 *Gabriel*, Urteilskraft (Fn. 121), S. 14 mit weiterer sorgfältiger Kant-Exegese.

sind, unter die unreflektiert – ohne gewitzten Einsatz der reflektierenden Urteilskraft – subsumiert werden könnte. Eben deshalb ist das Wechselspiel beider Ansprüche und beider Urteilskräfte nicht mit den Methoden von Induktion und Deduktion zu erfassen, sondern nur mit den nicht-linearen Mitteln der Kunst.

Da die Gesetze des geltenden Rechts stets Spielräume für Systembildung durch Dogmatik und für die kunstgerechte Anwendung dogmatischer Regeln enthalten, kommt es nach Kant in jedem Falle darauf an, »zum Besondern das Allgemeine auszudenken«. Das schöne Wort »ausdenken«, die Paraphrase für das *ingenium* eines Urteilers mit »Witz«, drückt deutlich aus, welcher Kunst es in evidenter Übereinstimmung mit der aristotelischen Tradition des Enthymems bedarf: sich angesichts des jeweiligen Falles »etwas einfallen« zu lassen, um eine kreative Interpretation zu entwickeln, die das Gesetz (an das die Entscheidungsträger in Justiz und Verwaltung gebunden sind) zwar nicht neu erfindet, aber aufgrund der Besonderheiten des Falles in seinem allgemeinen Geltungsanspruch doch weiterdenkt.<sup>133</sup> Dazu gehört in Kants Worten »ein besonderes Talent«, das »gar nicht belehrt, sondern nur geübt sein will« – »das Spezifische des so genannten Mutterwitzes, dessen Mangel keine Schule ersetzen kann«.<sup>134</sup>

»Bloße Rechtswissenschaft (iurisscientia)« – die Verstandeswissenschaft, die an den Hohen Schulen des Rechts als Dogmatik und in den Grundlagenfächern gelehrt wird –, reiche nicht aus, es müsse »Rechtsklugheit (iurisprudencia)« hinzukommen; diese besitze der »Rechtsgelehrte (iurisconsultus)« dann, »wenn er die äußern Gesetze auch äußerlich, d. i. in ihrer Anwendung auf in der Erfahrung vorkommende Fälle kennt«.<sup>135</sup> Ärzte, Richter oder Staatskundige könnten »viele schöne pathologische, juristische oder politische Regeln im Kopfe haben«, aber »dennoch in der Anwendung derselben leicht verstoßen«, wenn sie

133 Wie dieses Weiterdenken in »Fallreihen« erfolgt, wird noch eingehend zu erörtern sein: unten, ab Fn. 193. Die »Unvermeidlichkeit richterlicher Rechtserzeugung« in einem nicht »kognitivistischen« Modell kreativer Interpretation betonen mit Blick auf die internationale Gerichtsbarkeit von *Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 2014, S. 136 ff. Besprechung *Gröschner*, JZ 2014, i.E.

134 *Kant*, Vernunft (Fn. 109), B 172.

135 *Kant*, Metaphysik (Fn. 115), Einleitung in die Rechtslehre, § A, AB 31.

»zwar das Allgemeine in abstracto einsehen, aber ob ein Fall in concreto darunter gehöre, nicht unterscheiden« können.<sup>136</sup>

Kants Formulierung klingt wie die lateinische Fassung einer ständig wiederholten und im Repetitorium eingepaukten Redewendung der Juristischen Methodenlehre, nach der »Subsumtion« die Unterordnung »konkret-individueller« Fälle unter »abstrakt-generelle« Regelungen bedeute<sup>137</sup>. Ohne auf Sprachkonventionen der Jurisprudenz Rücksicht nehmen und einem Großen der eigenen Zunft blinden Respekt zollen zu müssen, kritisiert Gabriel Kants Reduzierung des Besonderen auf das Einzelne mit überzeugender Begründung als »zu einfach gedachte« Dichotomie:

Diesem Verständnis liegt zugrunde, daß von den Besonderheiten eines Falls abgesehen wird, damit er unter das abstrakte Allgemeine fällt. Dieses zu einfach gedachte Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen ist durch das Verständnis des Besonderen als eines *exemplarischen*, repräsentativen Einzelnen zu ergänzen. Demgemäß haben wir von einer Unterscheidung zwischen Allgemeinem, Besonderem und Einzelnem auszugehen. Ein Besonderes wäre danach ein Einzelnes, das exemplarisch über sich hinausweist und die Vermittlung zwischen Einzelnem und Allgemeinem leistet. Die Kategorie des Besonderen verhindert, sich die Subsumtion zu einfach zu denken.<sup>138</sup>

Der ernstzunehmende Vorwurf der Vereinfachung trifft das Modell des Justizsyllogismus im Kern seiner dichotomischen Spaltung zwischen der abstrakten Allgemeinheit des Gesetzes und den konkreten Einzel-

136 Kant, Vernunft (Fn. 109), B 174.

137 Was Repetitionen regelmäßig nicht erwähnen, ist das ganz prinzipielle Problem, »generelle Normen auf individuelle, konkrete Situationen anzuwenden«. Wolfgang Wieland, Aporien der praktischen Vernunft, 1989, hat dies treffend als »Applikationsaporie« bezeichnet (S. 13). »Daß Singuläres auf der Ebene des Begriffs niemals erschöpfend erfaßt werden kann, ist eine Einsicht, die zum Kernbestand der ontologischen Tradition gehört« (S. 15).

138 Gabriel, Urteilskraft (Fn. 121), S. 17. Zur Rolle des »Exemplarischen« in der Urteilslehre Hannah Arendts und seiner Bedeutung für die Begründung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen Oliver W. Lembcke, Urteilskraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Gabriel/Gröschner, Subsumtion (Fn. 66), S. 73 ff.

heiten des Falles.<sup>139</sup> Die klassische Konzeption zur Überwindung dieser Dichotomie ist Hegels dialektische Triade von Einzelem, Besonderem und Allgemeinem.

*b) Dialektik von Einzelem, Besonderem und Allgemeinem*

Wie Kants Urteilkraft nur im System seiner an Voraussetzungen nicht eben armen Transzendentalphilosophie zu verstehen ist, verlangt Hegels Subsumtionslehre ein systemkonformes Verständnis ihrer Rolle im Rahmen einer ebenfalls voraussetzungsreichen Dialektik. Zu deren »Mißverständnissen« heißt es in der Vorrede der Hegelschen Rechtsphilosophie:

Es ist eben *diese Stellung der Philosophie zur Wirklichkeit*, welche die Mißverständnisse betreffen, und ich kehre hiermit zu dem zurück, was ich vorhin bemerkt habe, daß die Philosophie, weil sie das *Ergründen des Vernünftigen* ist, eben damit das *Erfassen des Gegenwärtigen und Wirklichen*, nicht das Aufstellen eines *Jenseitigen* ist, das Gott weiß wo sein sollte.<sup>140</sup>

Wer dieses »Wirkliche« mit der Wirklichkeit einer deskriptiven Datensammlung empirischer Tatsachen verwechselt, *muß* Hegels berühmterbüchtigten Basissatz auf derselben Seite der Vorrede mißverstehen:

Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig.<sup>141</sup>

Wenn die Philosophie »ihre Zeit in Gedanken erfaßt« ist<sup>142</sup>, setzt solches Erfassen des vernünftigen Denkens einer Zeit die philosophische An-

139 *Gabriel*, Urteilkraft (Fn. 140), S. 21, betont am Ende seines Beitrags, daß »der Rechtswissenschaft in ihrem eher passenden Titel ›Jurisprudenz‹ die reflektierende Urteilkraft als ein ureigenes Vermögen bereits eingeschrieben« sei. Denn: »Die subsumierende Urteilkraft behandelt den Fall als *Einzel*-Fall eines vorgegebenen Allgemeinen, die reflektierende Urteilkraft behandelt ihn als *besonderen* Fall eines offenen Allgemeinen« (Kursivierung im Original).

140 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Bd. 7, 1986, S. 24 (Kursivierungen im Original).

141 *Hegel*, Grundlinien (Fn. 140), S. 24.

142 *Hegel*, Grundlinien (Fn. 140), S. 26.

strengung voraus, die im Fortschritt der Geschichte wirksam und dadurch wirklich gewordene Vernunft auf Begriffe zu bringen, die kategorial anders konstruiert sind als »bloße Begriffe« außerhalb des Hegelschen Systems. Innerhalb dieses Systems steht der Begriff für die Wirklichkeit der Idee. Im ersten Paragraphen der »Grundlinien« liest man dazu, die »philosophische Rechtswissenschaft« habe »die Idee des Rechts, den Begriff des Rechts und dessen Verwirklichung zum Gegenstand«; und weiter:

Die Idee des Rechts ist die Freiheit, und um wahrhaft aufgefaßt zu werden, muß sie in ihrem Begriff und in dessen Dasein zu erkennen sein.<sup>143</sup>

Wer eine andere Idee von »Idee« hat (etwa eine platonisch-metaphysische) oder einen anderen Begriff von »Begriff« (beispielsweise einen kantisch-transzendentalen) und daran festhalten möchte, *kann* Hegels Philosophie nicht verstehen, und zwar weder mit ihrer Freiheitsidee noch mit ihrem institutionell freiheitlichen, in den Institutionen des »politischen« oder »republikanischen« Staates<sup>144</sup> wirksam werdenden Rechts- und Staatsbegriff.<sup>145</sup>

Die in dialektischer Dreiheit in »Einzelnes-Besonderes-Allgemeines« gegliederte Logik der Subsumtion und ihr von Hegel selbst so abgekürztes Schema »E–B–A« setzt eine unverfälschte Vorstellung von Hegelscher Dialektik voraus. So oft man es auch anders lesen muß: »These–Antithese–Synthese« ist *nicht* deren originale Beschreibung!<sup>146</sup> Denn Hegel denkt und beschreibt die drei Glieder seiner Dialektik niemals als eigenständige Teile oder isolierbare Elemente, sondern immer als integrale »Momente« eines philosophisch unteilbaren

143 *Hegel*, Grundlinien (Fn, 140), § 1.

144 Zu Hegels Republikanismus jüngst *Hans Buchheim*, Der neuzeitliche republikanische Staat, 2013, S. 10 f., 24 f., 51 f., 63, 101.

145 Hier ist weder der Ort noch der Raum, den Staat als »Wirklichkeit der sittlichen Idee« (§ 257) und als »das an und für sich Vernünftige [...], in welchem die Freiheit zu ihrem höchsten Recht kommt« (§ 258) aus dem Ganzen der »Grundlinien« zu erläutern und gegen allenthalben anzutreffende Fehlverständnisse des »Fortschritt(s) im Bewußtsein der Freiheit« (Werke, Bd. 12, S. 32) zu verteidigen. Dazu den Dialog über »Hegel und die Wirklichkeit der Freiheit« bei *Gröschner u.a.*, Rechts- und Staatsphilosophie (Fn. 23), S. 23.

146 Nachweise aus dem Gesamtwerk Hegels bei *Gröschner*, Jurisprudenz (Fn. 26), S. 157 ff.

Ganzen.<sup>147</sup> Am Beispiel einer Pflanze mit ihren drei Erscheinungsformen von Knospe, Blüte und Frucht betont er:

Diese Formen unterscheiden sich nicht nur, sondern verdrängen sich auch als unverträglich miteinander. Aber ihre flüssige Natur macht sie zugleich zu Momenten der organischen Einheit, worin sie sich nicht nur nicht widerstreiten, sondern eins so notwendig als das andere ist, und diese gleiche Notwendigkeit macht erst das Leben des Ganzen aus.<sup>148</sup>

Ist all dies schon einigermaßen entfernt vom alltäglichen Sprachgebrauch, in dem Recht, Moral und Sitte (die drei Momente des Hegelschen Staatsbegriffs) eher auseinander gehalten als aufeinander bezogen werden, gebraucht Hegel das Wortpaar »konkret-abstrakt« völlig anders als gewöhnlich. »Abstrakt« denkt bei ihm nicht etwa der gebildete, sondern der ungebildete Mensch, der die Dinge nicht in ihren Zusammenhängen sieht, sondern in isolierten – oder eben abstrahierten – Einzelheiten. In einem frühen Aufsatz aus der Jenaer Zeit erläutert er dies am Beispiel eines zur Richtstätte geführten Mörders, der dem »gemeinen Volke [...] nichts weiter als ein Mörder« ist.<sup>149</sup> »Konkret« denken dagegen diejenigen, die sogar in einem Mörder noch den ganzen Menschen sehen.<sup>150</sup> § 258 der Grundlinien formuliert dieses ganzheitliche Gegenprinzip gegen alle »bloß begriffliche« Abstraktheit mit generellem philosophischen Anspruch:

Der häßlichste Mensch, der Verbrecher, ein Kranker und Krüppel ist immer noch ein lebender Mensch; das Affirmative, das Leben, besteht trotz des Mangels, und um dieses Affirmative ist es hier zu tun.<sup>151</sup>

147 »Momente« sind hegelisch gesprochen nicht etwa Augenblicke, sondern Impulse dialektischer »Aufhebung« von Gegensätzen in einem vernünftig begriffenen Ganzen. Im musiktheoretischen Vergleich mit dem Dreiklang ergäbe dies einen harmonischen Akkord: Man hört die Harmonie in der Wahrnehmung der zusammenklingenden Töne.

148 *Hegel*, Phänomenologie des Geistes, Werke (Fn. 140), Bd.3, S. 12.

149 *Hegel*, Jenaer Schriften, Werke (Fn. 140), Bd. 2, S. 575: »Wer denkt abstrakt?«, Zitat S. 577.

150 Weitere Reflexionen darüber bei *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15), S. 238 ff.

151 *Hegel*, Grundlinien (Fn. 140), § 258, Zusatz, S. 404.

Mit der Dialektik konkreter Ganzheit vertraut, sollte folgendes Zitat nicht mehr mißverstanden werden können:

Der Begriff ist das schlechthin Konkrete [weil seine Momente] nicht abgesondert [werden können]; indem im Begriff ihre Identität gesetzt ist, kann jedes seiner Momente unmittelbar nur aus und mit den anderen gefaßt werden.<sup>152</sup>

Dieses hegeltypische Zusammen-Fassen begriffsnotwendiger Momente zu einer dialektischen Einheit erfolgt im Schluß. Dazu heißt es in §§ 65 bis 67 der »Philosophischen Propädeutik« für das vorliegende Thema unmittelbar weiterführend:

Der Schluß ist die Darstellung des Begriffs in seinen Momenten. Einzelheit, Besonderheit und Allgemeinheit sind darinnen sowohl als Momente unterschieden, als auch die Extreme durch die Mitte, die ihre Einheit ist, zusammengeschlossen; [der Schluß ist] die Zusammenschließung der Einzelheit und Allgemeinheit durch die Besonderheit als die Mitte. [...] Die Form dieses Schlusses, E-B-A, ist die allgemeine Regel der Subsumtion eines bestimmten Inhalts unter eine allgemeine Bestimmung.<sup>153</sup>

Von »Subsumtion« ist bei Hegel demnach – man möchte sagen: selbstverständlich – nicht im Rahmen rechtsmethodologischer Überlegungen die Rede, sondern im Zusammenhang logischer Untersuchungen, des näheren in der Lehre vom Begriff, Urteil und Schluß. Der »Justizsyllogismus« als Schlußform des Subsumtionsmodells herkömmlicher juristischer Methodenlehre ähnelt dem dreigliedrigen Schema E-B-A in nichts anderem als der äußerlichen Dreizahl von Ober-, Unter- und Schlußsatz. In seiner inneren, analytischen Struktur ist er von der dialektischen Logik Hegels strikt zu unterscheiden.

»Analytisch« ist die syllogistische Logik bei Aristoteles, weil in ihr Schlußsätze analysiert, zergliedert oder aufgelöst werden, in denen die Subjekt- und Prädikattermini der Vordersätze enthalten sind. Wie erläutert, geht der logische Zwang zur syllogistischen Konklusion vom Mittelbegriff dann und nur dann aus, wenn der Subjekterminus (Athenen) in den Mittelbegriff (Menschen) und der Mittelbegriff in den Prä-

152 Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I, Werke (Fn. 140), Bd. 8, S. 313 f.

153 Hegel, Texte zur Philosophischen Propädeutik, Werke (Fn. 140), Bd. 4, S. 24 f.

dikatterminus (Sterbliche) eingeschlossen ist.<sup>154</sup> Die »Mitte«, die Hegel als das »Besondere« bezeichnet, ist *nicht* der »Mittelbegriff« eines Syllogismus, weil das Besondere nicht isoliert als Einzelelement definiert werden kann – wie das Menschsein durch das Sterblichsein –, sondern nur im dialektischen Wechselspiel zwischen den Momenten des Allgemeinen und des Einzelnen.

Im Rückblick auf die hippokratische Techne zeigt sich, wie viel besser die Kunst des Diagnostizierens im Schema E–B–A zu rekonstruieren ist als in der Dichotomie von Einzelfall und Allgemeinbegriff: Wenn Hippokrates wegen eines epileptischen Anfalls gerufen und um Rat gefragt wurde, ging es ja nicht etwa um das Erkennen aller Einzelheiten des Falles (E), sondern um das Wiedererkennen der Besonderheiten (B) einer mit dem griechischen Lehnwort bis heute allgemein als Epilepsie bezeichneten Erkrankung (A). Was Hippokrates aufgrund der Erfahrungen seiner eigenen ärztlichen Praxis für zukünftige kunstgerechte Diagnosen und Prognosen aufgezeichnet hatte, waren die für den krampfartigen Anfall eines Epileptikers typischen oder repräsentativen Symptome:

Schaum fließt aus seinem Munde, seine Zähne schlagen aufeinander, seine Hände ballen sich zusammen; die Augen verdrehen sich und er ist völlig von Sinnen.<sup>155</sup>

Keines dieser fünf Merkmale ist so abstrakt wie der Allgemeinbegriff Epilepsie und so konkret wie der epileptische Anfall als solcher; vielmehr vermittelt jedes Merkmal die Konkretheit eines sichtbaren Geschehens mit der Abstraktheit seiner sprachlichen Erfassung. Und nur diese Vermittlung – hegelisch gesprochen die »Mitte« zwischen E und A – ermöglicht es, die zusammengeballten Hände als Anfallssymptom und nicht etwa als Ausdruck von Aggression zu beurteilen.

Der namhafte Hegelforscher Pirmin Stekeler-Weithofer stellt das Subsumtionsschema E–B–A in die großen historisch-systematischen Zusammenhänge philosophischer Kritik an einer »zu flachen Auffassung der Wissenschaft, die das Begriffliche wenigstens im Prinzip einfach in axiomatische, mathematische, und damit rein mengentheoretische Sys-

154 Oben, Fn. 73.

155 Capelle, Hippokrates (Fn. 18), S. 73.



teme situieren möchte«.<sup>156</sup> Diese Kritik an einer »zu flachen« Wissenschaftsauffassung bekräftigt Gabriels Zurückweisung eines »zu einfach« gedachten Verhältnisses von Allgemeinem und Besonderem. Stekeler-Weithofer kritisiert insbesondere die unreflektierte Übertragung »taxonomischer« Klassifikationen nach Gattungen und Arten aus dem Tierreich auf andere Bereiche unserer Lebenswelt:

Obwohl wir nicht bloß Tierarten und irgendwelche Mengen, sondern etwa auch chemische Stoffe *sortieren* können, sind keineswegs alle Begriffe unserer Sprache sortale Klassifikationsbegriffe in sortalen Gegenstandsbereichen mit einer wohldefinierten Identität für die relevanten Gegenstände oder Individuen. Im Gegenteil. Hegel erkennt, daß nicht einmal der Bereich der Dinge ein sortaler Gegenstandsbereich ist. Die meisten unserer Unterscheidungen beziehen sich auf Typen von Situationen und Geschehnissen, welche als solche keineswegs einfach Klassen von einzelnen Situationen oder Ereignissen sind.<sup>157</sup>

Hier sollten Juristen, die mit den Fachbegriffen der Logik nicht vertraut sind und in ihrer praktischen Tätigkeit auch nicht vertraut sein müssen, hellhörig werden. Denn die Jurisprudenz hat es zuallererst, nämlich bei der Schilderung eines lebensweltlichen Falles, mit unsortierten Aussagen von Fallbeteiligten zu tun, die sich weder in Obersätzen wie »Alle Menschen sind Sterbliche« noch in Untersätzen wie »Alle Athener sind Menschen« äußern.<sup>158</sup> Während »Sätze« in der Prädikatenlogik »Klassifikationsbegriffe« enthalten, leben Alltagsaussagen von »Inferenzbegriffen«, deren Bedeutung wir aus unserer Erfahrungswelt in die Dinge »hineintragen« (*infero*: ich trage hinein), indem wir sie typisierend ge-

156 Pirmin Stekeler-Weithofer, Subsumtion bei Hegel, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 69 f.

157 Stekeler-Weithofer, Subsumtion (Fn. 156), S. 45. »Sortal« ist ein sprachlogischer Terminus für Phänomene, die sich klassifikatorisch sortieren und dadurch in ihrer Identität definieren lassen. Lesenswert dazu die Auseinandersetzung mit den aristotelischen Taxonomien von Tieren und Pflanzen S. 49 ff. Eindeutig die Feststellung, daß Fragen der Subsumtion »verfahrens Urteilskraft« voraussetzen: »Ein bloß klassifikatorischer und schematisch urteilender und schließender Verstand reicht nicht« (S. 46).

158 Tiefgehende und weitreichende Kritik am philosophischen Primat der »Sätze« bei *Wilhelm Schapp*, Philosophie der Geschichten, 2. Aufl. 1981, S. 299ff.

brauchen.<sup>159</sup> Sie sind sozusagen Einträge im Wörterbuch unserer Erfahrungen.

Hegel erkennt hier gerade, daß in unseren Begriffen immer schon Widersprüche »enthalten« sind. Das bedeutet, daß Klassifikationsbegriff und Inferenzbegriff praktisch nie in völliger Harmonie zueinander stehen. Das ist kein rein subjektives, epistemisches oder erkenntnistheoretisches Problem, das sich auf das Einzelkönnen von Einzelpersonen bezieht. Es ist vielmehr ein begriffliches Problem, das wesentlich mit jedem realen Welt-Wissen und jedem Wirklichkeitsbezug verbunden bleibt.<sup>160</sup>

Es ist jener Wirklichkeitsbezug des Rechts, der die Jurisprudenz seit den Zeiten des klassischen römischen Rechts als *prudentia* qualifiziert und alle Versuche disqualifiziert, sie als *scientia* zu etablieren.<sup>161</sup> Die Juristische Methodenlehre sollte sich ihr Selbstverständnis nicht ausgerechnet von Disziplinen zu borgen versuchen, die ihre Begriffe ohne lebensweltliche Wissensbezüge und daher ohne inferenzielle Widersprüche als Klassifikationsbegriffe bilden oder als Axiome setzen können.

Daß wir das »Widersprüchliche« in unseren Begriffen immer mitbedenken müssen, liegt [...] daran, daß solche Widersprüche nie auszuschließen sind, wenn wir uns außerhalb einer rein mathematischen Relational- und Klassenlogik beziehungsweise Mengentheorie oder einer anderen rein idealen Redeform an sich befinden, die wir künstlich in ihren Inferenzen widerspruchsfrei halten. [...] Dies] gehört, wie Hegel so schön sagt, in die Kindheit des Philosophierens, in der man bloß erst mit schematischen Regeln einigermaßen formal richtig zu spielen gelernt hat.<sup>162</sup>

Wenn gesetzliche Tatbestände Klassifikationsbegriffe mit mengentheoretisch exakter Festlegung der Kandidaten enthielten, die zur betreffenden Klasse gehören, wäre die Logik der Subsumtion in der Tat ein

159 *Stekeler-Weithofer*, Subsumtion (Fn. 156), S. 47 ff., unterscheidet sortale »Klassifikationsbegriffe« von typisierenden »Inferenzbegriffen«.

160 *Stekeler-Weithofer*, Subsumtion (Fn. 156), S. 56.

161 Eingehende Erörterung des prudentiellen Charakters der Rechtswissenschaft einschließlich des Verhältnisses von Klugheit und Kunst auf aristotelischer Grundlage bei *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15), S. 324 ff.

162 *Stekeler-Weithofer*, Subsumtion (Fn. 156), S. 57 f.

Kinderspiel.<sup>163</sup> Weil es sich um Inferenzbegriffe mit Beurteilungsspielräumen für zukünftige, klassenlogisch noch nicht zugeordnete Fälle handelt, bedarf es der Kunst des juristischen Urteils. Auf einer Linie mit dem »Kindheits«-Vergleich konstatiert Schopenhauer, ansonsten ein leidenschaftlicher Kritiker Hegels:

Praktischen Nutzen wird die Logik wenigstens für das eigene Denken nicht leicht haben. Denn die Fehler unseres eigenen Rasonnements liegen fast nie in den Schlüssen noch sonst in der Form, sondern in den Urteilen, also in der Materie des Denkens.<sup>164</sup>

Diese klare Unterscheidung der »Form« von der »Materie des Denkens« und der formalen »Schlüsse« von den materialen »Urteilen« ist gut geeignet, eine heute zum Standard gewordene Differenzierung der Rhetorischen Rechtstheorie zu stützen: diejenige zwischen der Herstellung und der Darstellung juristischer Urteile<sup>165</sup> oder allgemeiner formuliert: zwischen der Urteilsfindung und der Urteilsbegründung. Eine methodologische Fehlkonstruktion ist die Figur des Justizsyllogismus immer dann, wenn sie – anders als im aristotelischen Original<sup>166</sup> – nicht als Darstellungsform des logisch Notwendigen verstanden wird, sondern als Mittel materialer Rechtserzeugung. Wie häufig dies der Fall gewesen

163 Egon Schneider/Friedrich E. Schnapp, Logik für Juristen, 6. Aufl. 2006, S. 145, zerlegen »den gesamten Subsumtionsvorgang« in Subsumtionen unter einzelne Gesetzesbegriffe, um dann mit Recht festzustellen: »Ist der Sachverhalt im Hinblick auf alle gesetzlichen Einzelbegriffssubsumtionen qualifiziert, dann ist es nicht mehr schwierig, den Schluß vom Allgemeinen (Norm) auf das Besondere (konkreter Fall) zu ziehen«. Der »Schluß« ist kinderleicht; die »Kunst« erwachsener Volljuristen schafft aber erst die Voraussetzungen der Schlüssigkeit.

164 Arthur Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung, Bd. 2, hrsg. von Wolfgang Freiherr von Löhneysen, 1976, S. 136. Das beliebte Zitat, nach dem »jeder gerichtliche Prozeß« den »förmlichsten und großartigsten Syllogismus« liefere (S. 144) steht damit nicht in Widerspruch, weil es nur die logische Darstellung des Urteils betrifft, nicht dagegen dessen juristische Herstellung. Zu dieser Unterscheidung weiter im Text.

165 Zuletzt von Schlieffen, Subsumtion (Fn. 85), S. 379 ff. Die inzwischen anerkannte Unterscheidung findet sich schon bei Sobota, Sachlichkeit (Fn. 103), S. 13 ff. Hans Lippes, Untersuchungen zu einer hermeneutischen Logik, 4. Aufl. 1976, formulierte 1938: »aus Umständen, Tatsachen usw. schließt man, aber nicht aus Prämissen. Prämissen treten nur in der Darstellung eines Schlusses auf« (Kursivierung R.G.).

166 Oben, Fn. 69.

ist, hat Jochen Bung nachgewiesen.<sup>167</sup> Nach seinem überzeugend begründeten Fazit war »die Verwechslung des Subsumtionsmodells mit einem Modell der Rechts*findung* [...] für die juristische Methodenlehre alles andere als ein Glücksfall, weil sie zu einer erheblichen Verschwendung intellektueller Energie geführt hat«.<sup>168</sup> Solche Energieverschwendung sollte sich die Juristische Methodenlehre nicht länger leisten. Im letzten Gliederungspunkt sind die Gründe dafür aus der Perspektive einer dialogischen Philosophie der Jurisprudenz zusammenzufassen.

### 3. *Logik und Dialogik der Subsumtion*

#### a) *Monologische Schlüsse und dialogische Urteile*

Der im zweiten Teil vorgenommene Vergleich von hippokratischer Medizin, sokratischer Philosophie und römischer Jurisprudenz hatte nicht nur methodengeschichtlich, sondern auch methodologisch ein eindeutiges Ergebnis: Die Subsumtion eines medizinischen, philosophischen oder juristischen Sachverhalts unter die Beurteilungskriterien der jeweiligen Fachdisziplin ist »Kunst«, *techné* oder *ars*, weil diese Kriterien einen Spielraum für die kunstgerechte, zwischen theoretischer Erkenntnis und praktischer Erfahrung vermittelnde Beurteilung des Sachverhalts belassen. Ein solcher Beurteilungsspielraum bedeutet im Schema »E–B–A«: Das Urteil ist nicht mit einem analytisch bestimmbar »Allgemeinen« begründbar, aus dem formale Schlüsse deduziert und unter das ein »Einzelnes« ohne Rücksicht auf dialogisch geltend gemachte Widersprüche monologisch subsumiert werden könnte. Das heißt: Hippokrates, Sokrates und Celsus lassen sich mit ihrer jeweiligen Kunst der Urteilsbildung nicht in ein dichotomisches Schema von Einzelem und Allgemeinem zwingen.

167 Bung, Interpretation (Fn. 76), S. 23 ff. »Subsumtion in einigen aktuellen Lehrbüchern der juristischen Methodenlehre«, namentlich bei Horn (S. 25 f.), Pawlowski (S. 26 ff.), Bydlinski (S. 29 f) und Larenz (S. 31 ff). Zu Letztgenanntem ausführlich Jochen Bung, Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz, in: Gabriel/Gröschner, Subsumtion (Fn. 66), S. 215 ff.

168 Bung, Interpretation (Fn. 76), S. 101 (Kursivierung im Original).

Die Dichotomie »E–A« ist methodologisch sinnvoll, wenn jedes Einzelne so klassifiziert ist, daß es aufgrund seiner Klassenzugehörigkeit diskussionslos unter das vorgegebene allgemeine Klassenmerkmal fällt: jedes Dreieck unter das Axiom einer Winkelsumme von 180 Grad, jeder fallende Gegenstand unter das Gesetz der Gravitation und jeder Athener unter die Gattung des Menschen. Im Hinblick auf diese Beispiele sind Aristoteles, Kant und Hegel subsumtionstheoretisch sehr gut miteinander ins Gespräch zu bringen – über alle Systemunterschiede und Zeitenabstände hinweg: In aristotelischer Tradition ist die Jurisprudenz keine logische, sondern eine rhetorische Disziplin. Dieser Tradition zufolge werden Urteile über die Unterordnung lebensweltlicher Fälle unter rechtliche Regelungen nicht in der Form syllogistischer Schlüsse gebildet, sondern im Rahmen enthymematischer Argumentationen. Da deren Prämissen nicht aus substanzontologisch wahren Sätzen bestehen, ist der »Justizsyllogismus« in der mittelalterlichen Figur des *modus barbarus* keine philosophisch angemessene Darstellung juristischer Subsumtionen.<sup>169</sup>

Obwohl Kant die subsumierende Urteilskraft ausdrücklich thematisiert, kann er als bester philosophischer Zeuge für die Bedeutung der reflektierenden Urteilskraft benannt werden. So verschieden seine Transzendentalphilosophie von der Metaphysik des Aristoteles in erkenntnistheoretischer Hinsicht ist, so sehr stimmt der kantische mit dem aristotelischen Befund in methodologischer Perspektive überein: Das »Allgemeine« des Rechts ist klassifikationslogisch nicht so eindeutig bestimmt, daß juristisch von vornherein feststeht, welches »Einzelne«

169 Eingehende Erörterung des Unterschieds zwischen der originalen ersten Figur des *syllogismos* in den aristotelischen Analytiken (zwingend ohne singuläre Termini in der unteren Prämisse), dem mittelalterlichen *modus barbarus* (sogar mit Eigennamen wie Sokrates im Untersatz) und dem *modus ponendo ponens* bei Gröschner, Enthymem (Fn. 73), S. 525 ff. Nach Jürgen Sprute, Die Enthymemtheorie der aristotelischen Rhetorik, 1982, gilt bei der »Anwendung von allgemeinen Topoi«: »Geschlossen wird nach dem *modus ponens*« (S. 155).

genau darunter fällt.<sup>170</sup> Vielmehr ist dieses Allgemeine angesichts der Besonderheiten des Einzelfalls durch »gewitzte« Urteile immer erst kreativ »auszudenken«. Hegel schließlich erlaubt mit seinem dreigliedrigen Schema »E-B-A«, das juristisch Besondere des Falles aus dem Einzelnen des Sachverhalts zu entwickeln, zugleich aber das Allgemeine der Rechtsbegriffe mit dem dogmatisch zu diskutierenden Besonderen des Falles zu vermitteln.<sup>171</sup>

Die Konvergenz der Konzeptionen ist bemerkenswert: Aristoteles charakterisiert das Enthymem durch die Argumentation mit anerkannten Meinungen. Sowohl die betreffende Anerkennung als auch die Auseinandersetzung über ihre Konsequenzen erfolgt nicht monologisch, sondern dialogisch. Kant setzt die reflektierende Urteilskraft dann ein, wenn das Allgemeine erst »ausgedacht« und – wiederum dialogisch – gegen unzureichende Bestimmungen in Stellung gebracht werden muß.<sup>172</sup> Hegel schließlich ist in seiner Semantik der Sprechakte Dialogiker: In seinem Subsumtionsschema geht es nicht um syllogistische Ober-, Unter- und Schlußsätze, sondern um diskursiv zu begründende Aussagen, die das Besondere dialektisch als Mitte zwischen dem Einzelnen und dem Allgemeinen bestimmen.<sup>173</sup>

Versteht man nun »Dialektik« in ihrem oben erläuterten sokratischen Ursprung als *Techne* agonaler Auseinandersetzung um den *orthos logos* – das richtige Argument – im *dialogos* eines philosophischen Streitge-

170 Ob Sokrates in die Klasse der Jugendverderber und Gotteslästerer gehörte, war Gegenstand des kontradiktorischen Verfahrens gegen ihn und wurde nicht widerspruchslos aus dem wahren Wesen seiner individuellen Existenz erschlossen. Glasklar Sprute, Enthymemtheorie (Fn. 169), S.76: »Anders als in den Syllogismen der ›Analytiken‹ kommen [...] in Enthymemen oft auch singuläre Termini vor [...], da die Rhetorik häufig – insbesondere vor Gericht – Behauptungen zu beweisen oder zu widerlegen hat, die einzelne Personen oder Ereignisse betreffen.«

171 Dazu unten (Fn. 216) ein Beispiel aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen.

172 Kant, Anthropologie (Fn. 122), BA 123, spricht im Zusammenhang mit »Witz« und »Scharfsinnigkeit« von einem »Luxus der Köpfe«. Dabei handelt es sich nicht etwa um einen Luxus *im* Kopfe eines einsamen Denkers, sondern *zwischen* den Köpfen durch gewitzte und scharfsinnige »Bemerkungen« (wie es wörtlich heißt).

173 Stekeler-Weithofer, Subsumtion (Fn. 156), S. 68: »Verstehen und vernünftiges Urteilen, auch in der urteilskräftigen Subsumtion eines Einzelfalls unter einen Begriff [...] ist ein kooperativer Prozeß – im Fall von schriftlichen Texten sogar über Zeiten hinweg.«

sprächs, hat man das methodengeschichtliche Muster für ein angemessenes Modell der juristischen Subsumtion. »Angemessen« ist es als Techno- oder Kunst- Modell vor allem, weil der mit Argumenten auszutragende Streit für den dialogischen Charakter der Jurisprudenz ebenso konstitutiv und kennzeichnend ist wie für das Philosophieren in der Nachfolge des »nichtwissenden« Sokrates.<sup>174</sup> Die philosophische Parallele des Nichtwissens darf dabei sowohl in der Grundfrage der Gerechtigkeit gezogen werden als auch in den Detailfragen dogmatischer Richtigkeit. Denn auch und gerade die Dogmen der Jurisprudenz sind in aristotelischer Tradition nichts Höheres als *endoxa*, herrschende Meinungen, die immer nur bis auf weiteres gelten, weil sie generell kritisierbar und in ihrer Bedeutung für den Einzelfall individuell interpretierbar sind.<sup>175</sup>

Der subsumtionstheoretische Ort, an dem über konkrete Konsequenzen dogmatischer Lehren gestritten wird, ist im Schema E-B-A das »Besondere«. Das gilt für alle Bereiche, die im methodengeschichtlichen Teil behandelt wurden: Schüler des Hippokrates waren angesichts des epileptischen Anfalls eines Kindes mit dem *dogma* konfrontiert, nach dem Epilepsie bei »kleinen Kindern« keine günstige Prognose erlaube.<sup>176</sup> Sokrates hatte Nikias und Laches daran zu erinnern, die Frage des Fechtunterrichts anhand der Bedeutung der Tapferkeit für die zukünftigen Leistungen der Söhne zu erörtern.<sup>177</sup> Für Celsus schließlich bestand die Güte einer Entscheidung darin, in der *aequitas* den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls und im *bonum* den dogmatischen Regeln der *responsa prudentium* gerecht zu werden.<sup>178</sup> Immer aber sind es die Besonderheiten des zu beurteilenden Falles gewesen, auf die hin die einschlägigen Lehrsätze zu konkretisieren waren.

Das Besondere am »Besonderen« im Sinne des E-B-A-Schemas ist ein nicht-linearer Modus der Vermittlung zwischen Allgemeinem und

174 Oben, Fn. 29.

175 Dazu ausführlich Rolf Gröschner, Rechtsdogmatik, in: Handbuch (Fn. 14), i.E.

176 Oben, Fn. 24.

177 Oben, Fn. 42.

178 Beispiel für die dogmatische Unterscheidung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Unmöglichkeit im Rahmen der Regel »impossibilium nulla obligatio« (Celsus, D. 50, 17, 185) bei Gröschner u.a., Rechts- und Staatsphilosophie (Fn. 23), S. 74.

Einzelnem, der als solcher *keine* Festlegung auf die dialektische »Mitte« Hegels verlangt. In vorsichtiger Verallgemeinerung erlaubt er als Vermittlungsmodus einen erhellenden Vergleich mit anderen Methodenmodellen, für die ebenfalls ein Ansatz charakteristisch ist, der sich nicht in (hier von Anfang an »linear« genannten) Deduktionen aus A und Induktionen aus E erschöpft.<sup>179</sup> An erster Stelle ist historisch wie systematisch jene Vermittlung zu nennen, die Gadamer – wie erwähnt – unter Rückgriff auf die sokratische Dialogik als »hermeneutischen Vorrang der Frage« bezeichnet hat.<sup>180</sup> Ihr Spezifikum besteht darin, Texte aller Art und damit auch Gesetzestexte nicht als feststehende Antworten zu verstehen, sondern als auslegungsfähige und wegen der jeweiligen Fragestellung auslegungsbedürftige Vorgaben für Textinterpreten.<sup>181</sup>

Bekannt geworden ist in diesem Zusammenhang die Rede von einem »hermeneutischen Zirkel«, der zwischen normativem Vorverständnis des Rechts und immer besserem rechtlichen Verständnis des Falles vermittelt. Inzwischen spricht man häufiger und treffender von einer »hermeneutischen Spirale«.<sup>182</sup> Trotz einiger Unterschiede im Detail zählen im Prinzip auch das analogische Denken Arthur Kaufmanns<sup>183</sup> und Wolfgang Fikentschers Lehre von der Fallnorm hierzu.<sup>184</sup> Eine linguistische Spezifizierung hat die Hermeneutik in der Strukturierenden Rechtslehre Friedrich Müllers erfahren. »Strukturierend« verfährt diese Lehre, indem sie die im Einzelfall einschlägige Norm nicht mit dem Normtext identifiziert, sondern aus sprachlichem »Normprogramm«

179 Sie sind hier weder mit dem Anspruch auf Vollständigkeit noch auf eine Diskussion im Detail darzustellen, sondern nur in ihrer Vergleichbarkeit im Prinzip der Vermittlung.

180 Oben, Fn. 36.

181 Bekanntestes Beispiel für die Rezeption der allgemeinen Hermeneutik in der Juristischen Methodenlehre: *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 3. Aufl. 1975.

182 Protagonist in der Philosophie: *Paul Lorenzen*, Normative Logic and Ethics, 1989, S. 89.

183 *Arthur Kaufmann*, Analogie und Natur der Sache, 2. Aufl. 1982.

184 *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. 4, 1977, S. 202, 204.



und sachlichem »Normbereich« generiert und zur »Entscheidungsnorm« konkretisiert.<sup>185</sup>

Eine eigenständige Form der Vermittlung zwischen Norm und Fall stellt die eingangs kurz angesprochene »Abduktion« dar. Sie stammt aus der pragmatischen Logik des Charles Sanders Peirce und wurde in Joachim Leges Habilitationsschrift »Pragmatismus und Jurisprudenz« im philosophischen Prinzip wie in den methodologischen Details sorgfältig erschlossen.<sup>186</sup> Die Eigenständigkeit ihres Beitrags zur Juristischen Methodenlehre besteht in der Etablierung einer dritten Form logischen Schließens: Neben formal zwingende Deduktionen und nicht zwingende Induktionen treten die ebenfalls nicht zwingenden Abduktionen. Deren Pointe ist eine Vermittlung zwischen dem als Hypothese vorweggenommenen Urteil und seiner hypothetisch hinzugedachten juristischen Begründung:

Das »Hin- und Herwandern des Blickes« findet [...] *primär* zwischen Resultat (konkreter Rechtsfolge) und Regel (abstraktem Tatbestand) statt, eben weil Rechtsfälle von Anfang an streitig sind. »Vom Fall her« wird daher abduktiv *beides* erschlossen: die Auslegung bzw. Geltungsbestimmung einer Regel und das Resultat, das daraus folgen würde.<sup>187</sup>

Der »Anfang« bei den streitigen Fällen zeigt die Übereinstimmung im dialogischen Prinzip: Ein Rechtsstreit, in dem alle Beteiligten behaupten, die Tatsachen auf ihrer Seite zu haben und meinen, dabei im Recht zu sein, kann nicht ohne Rücksicht auf das Resultat und nur unter Berücksichtigung seiner Begründbarkeit gegenüber den Streitbeteiligten

185 Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl. 1994, S. 184 ff.; ders., Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, S. 235 ff.

186 Lege, Pragmatismus (Fn. 10). Bemerkenswert ist die methodologische Verwandtschaft zwischen der »Abduktion« und Hegels »Schluß des freien Begriffs«. Stekler-Weithofer, Subsumtion (Fn. 156), S. 70, schreibt dazu: »Dieser ist ein Schluß auf die beste Erklärung oder ein abduktives Schließen im Sinne von Peirce, in welchem »dialektische« Widersprüche im Begriffssystem aufgehoben werden.«

187 Lege, Pragmatismus (Fn. 10), S. 462 (Kursivierungen im Original). Zur Theorie der Abduktion S. 437 ff. Matthias Jung, Applikation zwischen Subsumtion und Abduktion, in: Gabriel/Gröschner, Subsumtion (Fn. 66), S. 109 ff. schließt sich »weitestgehend an die minutiösen Analysen Joachim Leges an« (S. 124) und betont wie dieser die Kreativität abduktiven Schließens. Zur Erinnerung: »Barbara« ist per definitionem nicht kreativ (oben, Fn. 72 f.).

entschieden werden.<sup>188</sup> Der sogenannte Gutachtenstil, der den Studierenden der Jurisprudenz von der ersten Klausur bis zur Ersten Prüfung abverlangt wird, ist daher kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck eines gut prudentiellen – aber szientistisch verpönten – Denkens vom Ergebnis her. Da das in der Referendarzeit zu entwickelnde »Judiz« nichts anderes ist als die Professionalisierung dieses Denkstils, verdient die Abduktion in Theorie und Praxis der juristischen Methodik erheblich mehr Aufmerksamkeit als bisher.<sup>189</sup>

Einen Vermittlungsmodus, der die Dialogik des Subsumierens ebenso betont wie der vorliegende Beitrag, hat Jan Schapp in seinen »Hauptproblemen der juristischen Methodenlehre« entwickelt.<sup>190</sup> Die Kritik, die dort am Schema des Justizsyllogismus geübt wird, ist ebenso berechtigt wie radikal. Sie reicht bis an die philosophischen Wurzeln des Denkens in den auch hier von Grund auf kritisierten Dichotomien von Allgemeinem und Einzelnem, Gattung und Individuum, Sollen und Sein. Schapps nicht-dichotomischer Ansatz nimmt das für die Praxis des Rechts paradigmatische »Verhältnis von Gesetz, Fall und richterlicher Entscheidung« einheitlich in Angriff: auf der Grundlage einer »Einheit von Fall, Recht und Lebenswelt«.<sup>191</sup> In dieser Konzeption lassen sich weder der Fall vom Recht noch das Recht vom Fall isolieren. Denn jedes als Fall erlebte und erzählte Ereignis – in der Phänomenologie Wilhelm

188 Auf diese Begründbarkeit hin erfolgt auch die Auslegung des Gesetzes nach den Regeln der Hermeneutik. Dazu *Stephan Meder*, Auslegung als Kunst bei Savigny, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 149 ff. sowie *Martin Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, ebd., S. 179 ff. und *Ulrich Schroth*, Zum Verhältnis zwischen juristischer und philosophischer Hermeneutik, ebd., S. 129 ff.

189 *Joachim Lege*, Subsumtion pragmatisch. Deduktion, Induktion und Abduktion, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 259 ff. Auf S. 274 heißt es sachlich treffend und sprachlich sehr schön: Jede Abduktion sei »insoweit immer wieder neu, als sie konkrete Lebenssachverhalte einem schon bekannten Begriff erneut zuordnet – gewissermaßen so, wie auch jeder neue Tag ein neuer Tag ist«.

190 *Jan Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, 1983.

191 *Schapp*, Methodenlehre (Fn. 190), S. 18.

Schapps eine »Geschichte«<sup>192</sup> – hat seine Struktur als Fall immer schon vom Recht her (mit-)erhalten.

Entsprechend phänomenologisch vermittelnd wird der Begriff des Gesetzes bestimmt. In ihm kommt kein abstrakt-generelles Sollen zum Ausdruck, sondern eine konkrete gesetzgeberische »Fall«-Entscheidung, nämlich die Entscheidung über diejenige »Fallreihe«, auf deren einzelne Fälle sich das betreffende Gesetz bezieht.<sup>193</sup> Dieser *terminus technicus* der »Fallreihe« ist der zentrale Terminus der Schappschen Methodenlehre. Er ist die Antwort auf die Absage an die Dichotomie von Allgemeinem und Einzelem. Während das Gesetz traditionellerweise als »allgemein« verstanden wird, weil es eine Vielzahl von Fällen zu einer »Gattung« zusammenfaßt, versteht Schapp das Gesetz als solches schon als »etwas Besonderes«, weil es »mehrere in der Zukunft liegende konkrete Einzelfälle entscheidet«<sup>194</sup> – und zwar durch die gesetzgeberische Entscheidung über die »Reihe« dieser Einzelfälle, die zugleich eine Entscheidung über den Einzelfall selbst ist:

Das Verhältnis von Reihe der Einzelfälle und Einzelfall selbst ist also nicht das von Gattung und Einzelfall einer Gattung, sondern die Reihe repräsentiert zugleich den Einzelfall, der in sie eingereiht ist.<sup>195</sup>

Ganz im Sinne der Kritik taxonomischer Klassifikationen<sup>196</sup> und ganz im Geiste sokratischer Dialogik<sup>197</sup> ersetzt Schapp die Subsumtion von Einzelfällen unter Gattungsbegriffe durch das »Gespräch«: die mündliche und/oder schriftliche Verhandlung zwischen den Fallbeteiligten, dem Richter und dem Gesetzgeber – als »stillem Partner« des Gesprächs

192 Wilhelm Schapp, In Geschichten verstrickt, 2. Aufl. 1976, S. 111: »Der Gesetzgeber, der ein Gesetz erläßt, hat mit den Ausdrücken, die er verwendet, im Horizont dieselben Gebiete vor sich, die geschichtsbeladenen Gebilde, die nur aus Geschichten erklärt werden können und nur über Geschichten zugänglich sind.« Das Verhältnis der Geschichtenphilosophie des Vaters zur Methodenlehre des Sohnes wird eingehend erörtert bei Gröschner, Dialogik (Fn. 15), S. 332 ff.

193 Schapp, Methodenlehre (Fn. 190), S.31.

194 Schapp, Methodenlehre (Fn. 190), S. 7.

195 Schapp, Methodenlehre (Fn. 190), S. 10. Diese phänomenologische Rekonstruktion des Gesetzes erfüllt die oben (Fn. 138) zitierte Forderung, das »Besondere« als ein »repräsentatives Einzelnes« zu verstehen.

196 Oben, Fn. 157.

197 Oben, ab Fn. 40.

– darüber, »ob die Entscheidungsgründe des Gesetzgebers für einen bestimmten Fall die richterliche Entscheidung für den dem Richter vorliegenden Fall zu begründen vermögen«. <sup>198</sup> Das Gespräch darüber wird in einer Sprache geführt, die sowohl den Fallbezug als auch die Verbindung mit früheren Entscheidungen herstellt:

Was eine »grausame Tötung eines Menschen« im Sinne des § 211 StGB ist, ist nur verständlich anhand der Fälle grausamer Tötung von Menschen, die schon passiert sind. <sup>199</sup>

Mit der Verwendung des Wortes »grausam« bedient sich der Gesetzgeber keiner Kunstsprache; er bleibt in der Sprache jener »Fallwelt«, in der auch zukünftig Grausamkeiten zwischen Menschen geschehen werden. Der Tatbestand einer »grausamen« Tötung gibt eine »Kurzformel« für den Grund der gesetzgeberischen Entscheidung, der sich freilich nur den Kennern der Dogmatik als Könnern der Jurisprudenz erschließt. <sup>200</sup> Mit einem offenen Ohr für die Beteiligten des forensischen Dialogs, im Zivilprozeß also vor allem für die Parteien, ist unüberhörbar, daß es sich um ein Streitgespräch handelt. <sup>201</sup> In seiner »Methodenlehre des Zivilrechts« hat Schapp daraus eine klare Konsequenz gezogen:

Der materiellrechtliche Anspruch erweist sich [...] als ein Schema, welches das »Streitgespräch« der Parteien im Zivilprozeß organisiert [...]. Der Prozeß gewinnt den Charakter einer Disputation, die vom Richter moderiert wird. Seine Entscheidung kann als das Resümee dieser Disputation begriffen werden. Die Lehre vom Anspruchsaufbau stellt die Ordnung der Disputation dar. An ihrem Anfang steht mit der Klage die These, die begründet oder widerlegt werden muß. <sup>202</sup>

198 Schapp, Methodenlehre (Fn. 190), S. 65. Zur Vertiefung wird auf das »Gespräch« in der Geschichtenphilosophie Wilhelm Schapps verwiesen: oben, Fn. 158, S. 267 ff. (»Das Wort und die Geschichte«).

199 Schapp, Methodenlehre (Fn. 190), S. 31.

200 Schapp, Methodenlehre (Fn. 190), S. 51. Überzeugend auch die Qualifizierung des Kennenlernens der gesetzgeberischen Entscheidungsgründe in der Juristenausbildung und im gesamten richterlichen Berufsleben als »Gespräch mit dem Gesetzgeber«, das durch Vorlage des Falles unter Entscheidungsdruck nur »intensiviert« wird (S. 66).

201 Jan Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, 1998, S. 33: »Jeder gerichtliche Prozeß bezweckt die Entscheidung einer Streitsache.«.

202 Schapp, Zivilrecht (Fn. 201), S. 40.

Dieses auf den jeweiligen materiellen Anspruch gestützte Schema einer streitigen Auseinandersetzung in einem »Gespräch« – das man mit dem griechischen oder lateinischen Lehnwort synonym einen »Dialog« oder eine »Disputation« nennen kann – läßt sich ohne prinzipielle Schwierigkeiten auf die kontradiktorischen Verfahren außerhalb der Zivilgerichtsbarkeit übertragen<sup>203</sup>: Im Strafverfahren wird über den Strafanspruch des Staates gestritten, der sich in der Anklage der Staatsanwaltschaft artikuliert; im Verwaltungs- und Verfassungsprozeß geht es um den Anspruch des Bürgers auf gesetzmäßige Leistungen und Unterlassung rechtswidriger Eingriffe seitens staatlicher Gewalt. Unterschiede im Detail haben keine Auswirkung auf das dialogische Prinzip: Entscheidung des Einzelfalls im Streitgespräch der Beteiligten und Begründung der sogenannten Subsumtion mit dem Ergebnis dieses Gesprächs.

#### b) Subsumtion durch Subordination

Am Ende sei ausdrücklich empfohlen, die »eingebürgerte«, aber undifferenzierte Verwendung des Wortes Subsumtion<sup>204</sup> zugunsten einer sprachphilosophisch präzisen Differenzierung zwischen »Subsumtion« und »Subordination« aufzugeben, die sich strikt an der trennscharfen Unterscheidung zwischen »Gegenständen« und »Begriffen« orientiert. Subsumtion bedeutet dann Unterordnung von *Gegenständen* unter Begriffe, Subordination Unterordnung von *Begriffen* unter Begriffe.<sup>205</sup>

203 Aufgrund richterlicher Erfahrung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat *Hans-Joachim Strauch*, Mustererkennung und Subsumtion im Erkenntnisverfahren, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 335 ff. ein höchst anregendes, neurologisch inspiriertes Modell der Wiedererkennung von »Mustern« im Rahmen kohärenter juristischer Argumentationen entwickelt, das mit der hier vertretenen »Kunst«-Konzeption kompatibel ist.

204 Oben, Fn. 83 (Engisch).

205 *Zantwijk*, Enthymem (Fn. 77), S. 35: »Die Subordination ist eine Beziehung zwischen Begriffen, die besagt, daß ein relativ spezielles Prädikat unter einem relativ allgemeinem enthalten ist.« Mehr als »relative« Allgemeinheit kann *kein* Begriff der Jurisprudenz beanspruchen – auch der Begriff der Menschenwürde nicht (oben, Fn. 4).

»Gegenstand« ist im Rahmen dieser Grundunterscheidung alles, was in einem sinnvollen Satz nicht für einen Begriff steht.<sup>206</sup> Bildet man aus dem Text des § 211 StGB den strafrechtsdogmatischen Satz »Die grausame Tötung eines Menschen ist Mord«, subordiniert (nicht »subsumiert«) man den Begriff der grausamen Tötung unter den Oberbegriff des Mordes – der bekanntlich auch andere Merkmale enthält, die eine Tötungshandlung als Mord qualifizieren.<sup>207</sup>

Wenn diese Unterscheidung mehr als ein bloßer Etikettenwechsel – und kein Etikettenschwindel – sein soll, ist die methodologische Relevanz ebenfalls beispielhaft zu belegen. Angenommen, A müsse sich wegen eines Tötungsdelikts verantworten und die Anklageschrift komme nach eingehender tatsächlicher und rechtlicher Würdigung der Tötungshandlung zur Bejahung einer grausamen Tötung. Wegen der subsumtionstheoretischen Vergleichbarkeit mit dem dogmatischen Ausgangssatz sei dies in dem Satz formuliert »Die Tötungshandlung des A war grausam«. Nach der bisherigen Unterscheidung zwischen Gegenständen und Begriffen scheint dabei die betreffende Handlung als Gegenstand unter den Begriff der Grausamkeit subsumiert worden zu sein.<sup>208</sup> Und die »eingebürgerte« Terminologie bestätigt diesen Sprachgebrauch.<sup>209</sup>

206 Hartwig Frank, Inhalts- und Umfangslogik zur Zeit Freges, in: *Werner Stelzner* (Hrsg.), *Philosophie und Logik. Frege-Kolloquium 1989/1991*, 1993, S. 37: »Eine hierüber hinausgehende Bestimmung dessen, was Begriff, was Gegenstand, oder auch was sinnvoller Satz sei, hielt Frege für nicht möglich, für weiteres verwies er auf das intuitive Verständnis.« Methodenlehrer der Jurisprudenz sollten nicht mehr Begriffslogik verlangen als der Logiker Frege.

207 Auf die verschiedenen »Theorien« zum Verhältnis zwischen Mord und Totschlag kommt es hier nicht an.

208 Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl. 2006, S. 96, äußert »Zweifel, ob Tatsachen [...] strenggenommen überhaupt unter abstrakte Begriffe [...] subsumiert werden können«. Ohne vermittelnde Instanzen wie das Hegelsche Besondere sind die Zweifel nicht zu beseitigen.

209 Exemplarisch: *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 92: »Immer wenn der Tatbestand T in einem konkreten Sachverhalt S verwirklicht ist, gilt für S die Rechtsfolge R.« S als Einzelnes kann begriffslogisch aber nicht ohne ein Besonderes unter T als Allgemeines subsumiert werden. Zur betreffenden »Applikationsaporie« oben, Fn. 137.

Im Rückgriff auf das Schema E-B-A zeigt sich, warum dies eine subsumtionstheoretisch signifikante Verkürzung der strafrechtlichen Beurteilung des Geschehens darstellt: weil »B« übersprungen und unterstellt wird, die Handlung sei als Einzelhandlung identifizierbar und als solche unter den Allgemeinbegriff der Grausamkeit subsumierbar. Ohne die Vermittlungsleistungen, die das »Besondere« dialektisch, hermeneutisch, abduktiv oder phänomenologisch zu erbringen hat, ist dies aber ausgeschlossen. Mit anderen Worten: Einzelfälle, deren Besonderheiten erst – buchstäblich – zur Sprache gebracht, nämlich zunächst in alltags-sprachlichen Geschichten erzählt werden müssen, um dann in Begriffen der Rechtsdogmatik interpretiert und im Streit darüber konkretisiert werden zu können, sind aufgrund dieser sprachlichen Konkretisierung keine »Gegenstände« mehr.<sup>210</sup> Im buchstäblichen Sinne »sprachlos« ist ein Gegenstand nur dann, wenn man auf ihn zeigen und als gezeigten Gegenstand unter einen Begriff subsumieren kann.<sup>211</sup>

Ein Rechtsstreit wird nicht mit Zeigehandlungen eröffnet, sondern mit Sprechakten. Deshalb werden Klagen und Anklagen noch immer »erhoben«, obwohl heute niemand mehr »mordio« oder »feurio« ruft, um öffentliche Klage wegen Mordes oder Brandstiftung durch das Erheben der Stimme im Klaggeschrei zu führen.<sup>212</sup> Nach Eröffnung des Hauptverfahrens gegen A wäre es das gute Recht der Verteidigung, den Totschlag tatsächlich und rechtlich einzuräumen, den Mordvorwurf der Staatsanwaltschaft aber zu bestreiten.<sup>213</sup> Die Regeln, nach denen der betreffende Streit durchzuführen ist, sind Kunstregeln eines dogmati-

210 Eindeutig in diesem Sinne *Ulfrid Neumann*, Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 314: Ein faktischer »Lebenssachverhalt« ist »nicht subsumtionsfähig, weil er nicht sprachlich gefaßt ist und deshalb nicht unter die Rechtsregel gebracht werden kann, die nur in ihrer sprachlichen Repräsentation verfügbar ist«.

211 Auch dann ist das dichotomische Modell E-A wegen der vermittelnden Funktion der Sprache aber durch das triadische Modell E-B-A zu ersetzen.

212 *Jacob Grimm*, Deutsche Rechtsaltertümer, Bd. 2, 1974, S. 517.

213 Den Streit um die rechtliche Beurteilung unbestrittener Sachverhalte hat schon Aristoteles als typisch für die Gerichtsrede hervorgehoben: oben, Fn. 99.

schen Sprachspiels, die keine schlichte Subsumtion vorzeigbarer Gegenstände unter Gesetzesbegriffe erlauben.<sup>214</sup>

Grausam tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung (die keine allgemeine Tütereigenschaft zu sein braucht) besondere Schmerzen oder Qualen zufügt. Das äußere Tatbild genügt zur Beurteilung nicht.<sup>215</sup>

Ohne hinreichende forensische Erfahrung ist dieses sehr ernste »Spiel« strafrechtlicher Beurteilung von Tötungsdelikten nicht zu erlernen. Denn die in der Rechtsprechung verwendeten und in der Literatur vielfältig kommentierten Ausdrücke »Schmerz« und »Qual« sind keine Merkmale eines abstrakt definierten Gattungsbegriffs »der« Grausamkeit. Sie sind jene »Kürzel«, die in der Methodenlehre Jan Schapps als Überschrift über der gesamten Fallreihe grausamer Tötungen stehen, um den Regelungsgrund des Gesetzgebers für die Qualifizierung als Mord zum Ausdruck zu bringen. Ihre kunstgerechte Handhabung in der Hauptverhandlung durch Staatsanwälte, Verteidiger und Richter setzt den Vergleich von »Geschichten« im Sinne der Philosophie Wilhelm Schapps voraus, die das qualvolle Sterben eines Opfers entweder im Sinne der Staatsanwaltschaft belegen oder im Sinne der Verteidigung widerlegen.

Wie grausam die Geschichten sind, die dazu vor deutschen Schwurgerichten verhandelt werden, und wie wichtig es für eine Methodologie der Rechtspraxis ist, sich aus der Teilnehmerperspektive darauf einzulassen, demonstriert ein abschließendes Beispiel: Das Landgericht C

214 »Sprachspiel« nach *Ludwig Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, Schriften, Bd. 1, 1960, S. 293 und S. 299 ff. Zur Übereinstimmung von »Sprachspielen« mit »Geschichten« im Sinne Wilhelm Schapps *Gröschner*, *Dialogik* (Fn. 15), S. 335. Die größte Gemeinsamkeit wird durch den Wittgensteinschen Begriff der »Familienähnlichkeit« gestiftet: Wenn man Tatbestandsbegriffe als Überschriften über Fallreihen versteht, handelt es sich dabei um die Zusammenfassung familienähnlicher Fälle. Dazu gehört nach *Gabriel*, *Logik* (Fn. 120), S. 43 »eine gemeinsame Entwicklungslinie der Fälle«, durch die es gelingt, »auch entferntere Dinge [...] in Beziehung zu einander zu setzen« – etwa unterschiedliche Formen grausamer Tötung in einer Fallreihe vom Ertränken über das Ersticken bis hin zum Verhungernlassen. Dazu ein Beispiel aus der Rechtsprechung im Text.

215 BGHSt 3 (1953), S. 180. Ein bloßes »Bild« der Tat genügt zu ihrer notwendig sprachlichen »Beurteilung« nie. Deshalb schon oben (bei Fn. 129) die Kritik an der »Blick«-Metapher.



hatte die beiden miteinander verheirateten Angeklagten A und B wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, weil sie ihren Sohn D, der im Alter von sechs Jahren infolge monatelanger hochgradiger Unterernährung an Atrophie gestorben war, durch Unterlassen grausam getötet hatten. Der BGH stellte in seiner Revisionsentscheidung zunächst fest, daß »Verhungern regelmäßig besonders starke körperliche und seelische Schmerzen verursacht«.<sup>216</sup> Revisionsfest wäre demnach die Regel formulierbar gewesen »Das Verhungernlassen eines sechsjährigen Kindes ist grausam«.

Im methodologischen Schema E-B-A ausgedrückt hat das Landgericht das Unterlassen der Eltern, ihren Sohn mit lebenserhaltender Nahrung zu versorgen, als Einzelnes (E) unter die Verhungerns-Regel (A) subsumiert, dabei aber versäumt, das Besondere (B) des Tötungsvorsatzes in die Subsumtion einzubeziehen. In den Worten des BGH:

Jedenfalls aber ist nicht belegt, daß D [...] zu dem Zeitpunkt, als die Angeklagten mit Tötungsvorsatz handelten, unter Hunger litt. [...] In diesem Zusammenhang hat sich das Schwurgericht den Ausführungen des medizinischen Sachverständigen R. angeschlossen, wonach Kinder mit chronischer Mangelernährung kein Verlangen nach Essen und Trinken mehr verspüren [...]. Auch wenn das Erreichen des Zustands, in dem D[...] keinen Hunger mehr verspürte, quälend gewesen sein mag, ist jedenfalls für diesen frühen Zeitraum kein Tötungsvorsatz nachweisbar.<sup>217</sup>

Ganz im Sinne der Kritik an der dichotomischen Entgegensetzung von E und A hat das Landgericht es sich mit seiner Subsumtion eines Falles unzureichender Nahrungsversorgung unter den Begriff der Grausamkeit und die zu dessen Interpretation formulierte Verhungerns-Regel zu einfach gemacht: Das Besondere einer grausamen Nahrungsverweigerung besteht im Rahmen des § 211 StGB nun einmal darin, daß »das Opfer die besonderen Schmerzen oder Qualen während des tatbestandsmäßigen Geschehens – Handeln mit Tötungsvorsatz – erlitten hat«.<sup>218</sup> Das Zitat ist subsumtionstheoretisch geradezu eine Offenbarung, weil es das »tatbestandsmäßige Geschehen« nicht als einen Gegenstand beschreibt, auf den man zeigen kann, sondern als einen Sachverhalt, der rechtlich

216 BGH, 5 StR 320/06, Beschluß v. 13. 03. 2007, HRRS 2007 Nr. 296, Rn. 2, 14 ff.

217 BGH (Fn. 216), Rn. 17 f.

218 BGH (Fn. 216), Rn. 18.

erst und nur durch Sprache relevant wird. Obwohl das Wort »grausam« keiner Kunstsprache entstammt, verändert sein Gebrauch im Sprachspiel der Strafrechtsdogmatik seine Bedeutung gegenüber der Alltagssprache.<sup>219</sup>

Wenn keine Anklage erhoben wird, weil weder Zeugen noch Indizien eines Tötungsdelikts existieren, gibt es kein »tatbestandliches Geschehen« und damit keinen Mord im strafrechtlichen Sinne. Auch außerhalb des Strafrechts bleibt ein lebensweltliches Geschehen, aus dem keine Ansprüche hergeleitet werden, rechtlich folgenlos. Das bestätigt das hier zugrundeliegende Prinzip: Kein Recht ohne Streit<sup>220</sup> und kein Rechtsstreit ohne sprachlich geltend gemachten »Streitgegenstand«.<sup>221</sup> Spätestens nach richterlicher Aufklärung müssen sich auch die nicht anwaltlich vertretenen Beteiligten auf einen Streit einlassen, der nur mit dogmatisch gebrauchten Begriffen gewonnen werden kann.<sup>222</sup> Um es letztmals im E-B-A-Schema zu formulieren: Ein Einzelnes, das als außersprachlicher Gegenstand unter ein begrifflich bestimmtes Allgemeines »subsumiert« werden könnte, hat dabei keine juristische Existenzberechtigung, weil es als rechtlich relevantes Einzelnes in den besonderen Begriffen versprachlicht wird, die das Sprachspiel der Rechtsdogmatik zur Verfügung stellt. Wer für ein geliehenes Buch, eine

219 Die Formulierung erinnert mit Bedacht an *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (Fn. 214), S. 311: »Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.«

220 Gerade deshalb ist die hier vertretene dialogische Rechtsphilosophie sokratisch. Dazu *Kuhn*, Sokrates (Fn. 33), S. 26: »Das sokratische Gespräch hat den Streit zur Voraussetzung [...]. Ursache aber allen Streites [...] sind [...] eben jene Begriffe, aus denen das Leben im Ganzen seine Führung gewinnt: das Gerechte und das Ungerechte, das Edle und das Gemeine, das Gute und das Schlechte«.

221 In traditioneller Terminologie ist der Streitgegenstand als prozessualer Anspruch durch den Antrag des Klägers und den antragsbegründenden Sachverhalt bestimmt. Wie die »Sache« sich tatsächlich und rechtlich »verhält«, stellt sich aber immer erst bei der Verhandlung heraus.

222 *Friedrich Müller*, Recht – Sprache – Gewalt, 2. Aufl. 2008, S. 65 (mit weiteren Nachweisen) nennt dies treffend einen »semantischen Kampf« der Beteiligten. Vertiefend hierzu *Ralph Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: *Kent D. Lerch* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Bd. 2, 2005, S. 77 ff. Zur »Konkretisierung« im linguistisch aufgeklärten Methodenmodell der Strukturierenden Rechtslehre *Ralph Christensen*, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 281 f.

gemietete Wohnung oder ein gepachtetes Grundstück »Eigentum« beansprucht, lernt im Streit um die Herausgabe der betreffenden beweglichen oder unbeweglichen Sache den Unterschied zum »Besitz«.<sup>223</sup>

Im Gesamtergebnis gehört die Subsumtion sprachloser Gegenstände unter alltagssprachliche Begriffe in die Kindheit des Philosophierens im Hegelschen Sinne.<sup>224</sup> Allzu lang ist die kindliche Subsumtion eines belenden Vierbeiners unter »Wauwau« aber nicht zu unterstützen<sup>225</sup> und auch der »Hund« sollte zu gegebener Zeit zum »Pudel« werden und dieser irgendwann vielleicht sogar zur tierischen Gestalt des faustischen Mephistopheles.<sup>226</sup> Wie bildungsbeflissen man dies auch immer halten mag: Im »Kern« der Jurisprudenz<sup>227</sup> geht es um die Subordination von Begriffen der Alltagssprache, in denen Laien »ihren« Fall schildern, unter die dogmatisch bestimmten Begriffe der Rechtssprache. Die »eingebürgerte« Rede von einer »Subsumtion des Falles unter das Gesetz« behält so für die primäre Parallelwertung in der Laiensphäre doch noch einen gewissen Sinn: In der ersten laienhaften Erzählung einer lebensweltlichen Geschichte werden alltagssprachliche Ausdrücke verwendet, die im Verlauf einer streitigen Auseinandersetzung in Rechtsbegriffe zu übersetzen sind.<sup>228</sup>

Das methodologische Fazit lautet: Die Subsumtion ist durch die Subordination determiniert. »Determiniert« möchte dabei als »de-terminiert« im Sinne der lateinischen Vorsilbe (»de-«: »von ... herab«) verstanden werden: von einem übergeordneten *terminus technicus* herab in

223 Und bei vorhandenem Interesse den Unterschied zwischen »Sache« i. S. d. § 90 BGB und »Streitsache« (oben, Fn. 37, 87 und 221).

224 Oben, Fn. 162.

225 Dazu nach wie vor lesenswert: »Die sprachliche Erschließung der Welt« bei Wilhelm Kamlah/Paul Lorenzen, Logische Propädeutik, 2. Aufl. 1973, S. 45 ff.

226 Johann Wolfgang von Goethe, Faust I, Vers 1323: »Das also war des Pudels Kern«.

227 Auch Wilhelm Henke, Alte Jurisprudenz und neue Wissenschaft, in: Ausgewählte Aufsätze, 1994, S. 22, kommt zu dem Ergebnis, daß die Jurisprudenz seit den Zeiten der Römischen Republik »in ihrem Kern« gleich geblieben ist.

228 Richter sind dabei im ursprünglichen Sinne des Wortes Dolmetscher nach Art des Götterboten Hermes, des Namenspatrons der Hermeneutik: Sie müssen alltagssprachlich erzählte Geschichten in die Sprache des Rechts übersetzen und als Simultandolmetscher Alltags- und Rechtssprache gleich gut beherrschen. Solche Übersetzungsleistungen verdienen das Prädikat »Kunst«.

einem dogmatischen Ordnungszusammenhang begrifflich bestimmt.<sup>229</sup> Dieser Ordnungszusammenhang der Dogmatik diszipliniert das juristische Denken und Reden und damit die Rhetorik in jedem Gespräch, an dem Juristen beteiligt sind. In den institutionalisierten Streitgesprächen vor Gericht und in der Verwaltung, im Nachbarstreit vor dem Amtsrichter ebenso wie bei Masseneinwendungen im Planfeststellungsverfahren, sind endlose Monologe ein prinzipieller Fehler, weil das Grundprinzip dogmatisch disziplinierter juristischer Rhetorik der Dialog ist.<sup>230</sup>

Dieses Prinzip fundiert auch das subsumtionstheoretische Ergebnis: Anders als das Fallenlassen von Gegenständen unter Alltagsbegriffe (Subsumtion), das monologisch möglich ist<sup>231</sup>, setzt das Unterordnen von Alltagsbegriffen unter Rechtsbegriffe (Subordination) das Recht der Gegenseite voraus, die betreffende Subordination zu bestreiten.<sup>232</sup> Entschieden wird der Streit durch die Übersetzung von Sprechakten der Subsumtion in die Urteilsbegründung der Subordination. Auf diese Begründung haben die Streitbeteiligten einen Anspruch, den man als Unrecht dialogischer Jurisprudenz verstehen kann und sollte. Für ein solches Verständnis liegt das Dialogische der Subsumtion in der Sub-

229 »De-duziert« wird dabei nicht in einem logischen Syllogismus (oben, ab Fn. 69), sondern in einem rhetorischen Enthymem (oben, ab Fn. 95).

230 Das dialogische Prinzip der Jurisprudenz folgt dabei der »Dialogik der Rechtsverhältnisse«. Zu diesem hier nicht behandelten Thema *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15), S. 285 ff.

231 Genauer: in monologischer Ausführung von Subsumtionen, die den Gebrauch einer gemeinsamen Sprache und insofern einen »inneren Dialog« über den betreffenden Sprachgebrauch zur Voraussetzung haben. Im Rechtsstreit wird dieser Innenraum des Denkens verlassen, sobald die Beteiligten sich »äußern«.

232 Um es zu wiederholen: »Audiatur et altera pars« ist nach *Liebs*, Rechtsregeln (Fn. 5), S. 37 »uralt« und »nicht erst römisch«. Für die streitigen Verfahren des Rechts gilt daher seit je: »Miteinander im Gegeneinander«, so als Folgerung aus der Figur des Rechtsverhältnisses (oben, Fn. 230) *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15), S. 304.

ordination.<sup>233</sup> Rechtsphilosophisch heißt das letztlich: Subsumtionstechnik wird zur Kunst durch die juristische Kompetenz, dogmatisch richtig und lebensweltlich gerecht zu subordinieren.<sup>234</sup>

233 Da die im Jurastudium zu lösenden Fälle klausurtechnisch zwingend sprachlich verfaßt sind, werden während der gesamten Studienzeit nicht sprachlose Gegenstände unter Begriffe *subsumiert*, sondern Alltagsbegriffe unter Rechtsbegriffe *subordiniert*. Auch wenn es allenthalben anders gelehrt wird: »Subsumieren« lernen Juristen erst im Referendariat – wenn sie aus dem Sachvortrag der Beteiligten den entscheidungserheblichen »Tatbestand« formulieren, der im Studium durch den »Sachverhalt« des alltagssprachlich vorgegebenen Falles ersetzt wird.

234 Die methodologische Pointe dieser »kognitiv anspruchsvollen« Kompetenz (oben, Fn. 107) ist ihre Vermittlungsleistung. Im Rückblick auf die behandelten Konzeptionen (zur Erinnerung jeweils *kursiv* in Klammern) besteht die »kunst«-gerechte Leistung der Subsumtionstechnik in der Vermittlung zwischen Praxis und Theorie (aristotelische *poiesis*), Erfahrung und Wissen (hippokratische *techné*), Frage und Antwort (sokratischer *logos*), Recht und Gerechtigkeit (römischrechtliche *ars*), anderer Ansicht und herrschender Meinung (aristotelische *Rhetorik*), Vernunft und Verstand (kantische *Urteilkraft*), Einzelem und Allgemeinem (hegelische *Dialektik*), Induktion und Deduktion (pragmatische *Abduktion*) und – *summa summarum* – zwischen Subsumtion und Subordination (juristische *Methodenlehre*).



### *Rolf Gröschner*

Geboren	4. Dezember 1947 in Nürnberg
1968 – 1974	Studium der Wirtschaftswissenschaften in Nürnberg und München, Diplomprüfung
1974 – 1978	Studium der Jurisprudenz in Erlangen und München, Erstes Staatsexamen
1978 – 1981	Promotion an der Universität Erlangen, Dr. iur.
1981 – 1990	Akademischer Rat an der Universität Erlangen-Nürnberg
1983 – 1985	Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Nürnberg, Zweites Staatsexamen
1990	Habilitation für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie in Erlangen
1990 – 1991	Lehrstuhlvertretungen in Würzburg und Münster
1991 – 1993	Universitätsprofessor für Öffentliches Recht in Mainz
1993 – 2013	Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie in Jena
1998 – 2000	Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Jena
2004 – 2013	Vorsitzender des Hellmuth-Loening-Zentrums für Staatswissenschaft Jena e.V.
2009 – 2010	Fellow am Max-Weber-Kolleg für kultur- und sozialwissenschaftliche Studien Erfurt
Seit 2010	Vorstandsmitglied der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie e. V.

## *Buchveröffentlichungen*

Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis, Tübingen 1982

Das Überwachungsrechtsverhältnis. Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel, Tübingen 1992

Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, Stuttgart u.a. 1995

Rechts- und Staatsphilosophie. Ein dogmenphilosophischer Dialog (mit Claus Dierksmeier, Michael Henkel und Alexander Wiehart), Berlin u.a. 2000

Reichweite richterlicher Inamovibilität im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, Berlin 2005

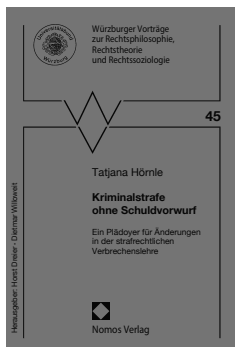
Die Lage als weinrechtliches Qualitätskennzeichen, Berlin 2010

Dialogik des Rechts. Philosophische, dogmatische und methodologische Grundlagenarbeiten 1982 – 2012, Tübingen 2013

### *Als Mitherausgeber:*

Wörterbuch der Würde, München 2013; Reihe POLITIKA seit 2008, Reihe Fundamenta Juris Publici seit 2012 (beide bei Mohr Siebeck Tübingen)

# ger Vorträge zur Rechtsphilosophie, stheorie und Rechtssoziologie



**nisches Erbe**  
r des  
anischen Kant –  
nische Zeitreise  
s Kley  
brosch., 26,– €  
50-1  
e/21820

ie Programm von Im-  
uch im Deutschland  
s Anhänger. Freilich  
ihren Äusserungen  
rnfalls hatten sie zu  
eise brachten sie den

## Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf

Ein Plädoyer für Änderungen in der  
strafrechtlichen Verbrechenslehre

Von Prof. Dr. Tatjana Hörnle

2013, Band 45, 83 S., brosch., 24,– €

ISBN 978-3-8487-0641-9

[www.nomos-shop.de/21288](http://www.nomos-shop.de/21288)

Die Autorin setzt bei den Debatten zwischen Neurowissenschaftlern, Philosophen und Rechtswissenschaftlern um das plausibelste Modell menschlichen Entscheidens an. Sie stuft einen strafrechtlichen Schuldvorwurf als problematisch



